

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**GUSTAVO GONÇALVES GOMES**

**O PROCESSO CIVIL PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO PARA  
O FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo**

**2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**GUSTAVO GONÇALVES GOMES**

**O PROCESSO CIVIL PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO PARA  
O FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor, Livre-Docente, Cássio Scarpinella Bueno.

**São Paulo**

**2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Banca Examinadora**

---

---

---

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, Guga e Beth, a quem devo muito, especialmente por terem abdicado de vários prazeres da vida em prol da minha educação e da educação dos meus irmãos, Renato e Tatiana.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao professor Cássio Scarpinella Bueno, que, com energia e plena dedicação ao estudo do processo civil, muito inspira a mim e a toda uma nova geração de processualistas, confiantes em mudanças para o nosso futuro.

À PUC e seus professores, na pessoa da professora Teresa Arruda Alvim Wambier, por me instigar e me fazer enfrentar os desafios do curso do mestrado. Saiba que honrarei esse título, de acordo com as premissas que aqui aprendi.

Aos amigos que conheci no mestrado: Antonio Notariano, Geraldo Fonseca, Marcus Vinicius Sampaio, Paulo Nasser, Rafael Barbosa, Rodolpho Vannucci, Rubens Neto, Welder Queiroz e Vinicius Franco.

Carinhosamente, aos processualistas cariocas: Bruno Redondo, Diogo Ciuffo, Erik Navarro, Guilherme Peres, Henrique Ávila, Luciano Vianna Araújo e Ronaldo Cramer, na certeza de que um dia, juntos, chegaremos lá. Onde quer que seja.

A todos os colegas da Siqueira Castro Advogados, na figura dos meus amigos e sócios Carlos Roberto, Carlos Fernando, Heitor e Kataoka, por todo aprendizado, incentivo aos estudos e, especialmente, pelos desafios e grandes batalhas travadas (e vencidas) em nosso escritório, diariamente.

A Virgínia Prieto Lopes (*in memoriam*), com muita saudade, por abrir os meus olhos para o Direito e por sempre ter acreditado no meu potencial.

Ao Pérolas, cuja absoluta inexistência de limites (em todos os sentidos), permite com que eu tenha dias mais agradáveis e leves. Espero que possamos continuar assim.

Deixo o meu fraterno abraço ao irmão Hugo Filardi, por nunca ter permitido que eu desistisse dos meus objetivos no que se refere à PUC-SP e, também, por me fazer um profissional melhor a cada dia, mediante a convivência e a troca de experiências nesses doze anos.

Por fim, meu agradecimento especial à Thais (Zoca), cujo carinho, admiração, amor e cumplicidade são os reais motivos que me fazem sonhar, ser feliz e continuar caminhando...

“O Segredo da justiça está em sua humanidade sempre maior e em uma proximidade humana sempre maior entre advogados e juízes, na luta comum contra a dor. De fato, o processo, e não só o processo penal *de per si* é uma pena, que juízes e advogados devem abreviar, administrando justiça.”

*Piero Calamandrei*

## RESUMO

GOMES, Gustavo Gonçalves. *O processo civil participativo como instrumento para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito*. 2012. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

O presente trabalho traz como tema de estudo o processo civil participativo e tem como finalidade avaliar o modelo processual civil atual, em vigor desde 1973, de acordo com as premissas norteadoras do Estado Democrático de Direito e em sintonia com a nossa Constituição Federal. Para atingir este objetivo maior, a pesquisa conta, no plano metodológico, com o apoio da abordagem de raciocínio dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica. Quanto à estrutura, o trabalho se divide em três capítulos: o primeiro discorre sobre “Estado Democrático de Direito” e “Processo”; o segundo trata de analisar o comportamento participativo dos magistrados na contenda do sistema processual brasileiro, por fim, o terceiro coteja os fatores que contribuem para a construção de um modelo de processo participativo. A conclusão a que se chega é que o processo civil moderno já não pode mais sobreviver sem o devido alinhamento ao plano do direito material e, neste sentido, é necessário revisitar as premissas instrumentais do processo, de forma que este sirva, cada vez mais, como aliado do Estado na outorga rápida, justa e adequada da prestação jurisdicional. Para o desenvolvimento de uma nova configuração processual, de acordo com as reais necessidades da sociedade brasileira, torna-se indispensável uma maior proatividade de todos no sistema. O desenvolvimento de processo civil participativo, como instrumento ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito é o caminho mais razoável a seguir. Nesse modelo de processo, constitucionalmente sustentável, os magistrados possuem a função estrutural de conduzir a demanda em uma só direção, ou seja, com o objetivo de viabilizar a outorga da prestação jurisdicional. Uma atuação participativa dos magistrados no processo é um dos principais anseios da sociedade, pois esta é sabedora de que os juízes possuem o poder-dever de otimizar a outorga da prestação jurisdicional, trazendo maior qualidade e efetividade ao sistema. Logicamente, há outros problemas a serem enfrentados, como a falta de estrutura e a crise do Poder Judiciário (que não se confunde com crise do processo), mas, como em qualquer empresa ou organização, o Poder Judiciário precisa estar cercado de profissionais mais atuantes, proativos e criativos, sendo necessária uma profunda mudança de valores no meio jurídico, para que se possa evoluir de forma satisfatória.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Processo civil participativo. Ativismo judicial. Adaptabilidade procedimental.

## ABSTRACT

GOMES, Gustavo Gonçalves. *The participative civil procedure as an instrument for the enhancement of the Democratic State of Law*. 2012. 219p. Dissertation (Master in Law)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

This dissertation studies the participative civil procedure and has as its aim the analysis of Brazilian current procedural framework - dated of 1973 - according to the bedrock premises of the Legal Democratic State and in compliance with the Brazilian Federal Constitution of 1988. In order to achieve this major objective, the research in the methodological level is supported by the deductive method and the case law research technique. Concerning the structure, this paper is divided in three chapters: the first one explains the "Legal Democratic State" and "the Procedure". The second one analyses the participative behaviour of the judges in lawsuits governed by the Brazilian Procedure Law system. Finally, the last chapter compares factors that contribute to the construction of a participative procedure model. The conclusion reached is that the modern civil procedure law cannot survive anymore without its due compliance with substantive law. In this sense, it is necessary to revisit the instrumental premises of procedure law, in a way that it may contribute more and more to the rendering of quick, fair and adequate judicial pronouncements. In order to develop a new procedural framework in compliance with actual necessities of the Brazilian society, a proactive behaviour of all becomes mandatory. The most reasonable pathway to achieve this objective is to develop of a participative civil procedure system as a mechanism to enhance democratic state of law's strength. Through this constitutionally sustainable procedure law model, the judges would have a structural role in conducting the lawsuits towards a singular direction, with the purpose of enhancing judicial decisions rendering. A participative performance of the judges in lawsuits is one of the main aims of the society, as the latter clearly acknowledges that judges hold the power/duty of optimizing judicial decisions rendering, in a way that it may bring a better quality and more effectivity to the whole system. Notwithstanding, there are other problems to be faced, such as the lack of structure in the Judiciary and its current crisis (which is different from the procedure law crisis). However, as evidenced in any other company or organization, the Judiciary needs to be surrounded by active, proactive and creative professionals. Also, a profound change of values in the juridical environment is necessary for a satisfactory evolution.

Key words: Legal democratic State. Participative civil procedure. Judicial activism. Adaptability of proceedings.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROCESSO</b> .....	22
1.1 O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	22
1.2 INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 .....	27
1.3 METODOLOGIA DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL, SEGUNDO AS PREMISSAS NORTEADORAS DE SUA CRIAÇÃO. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA APLICAÇÃO DA LEI .....	34
1.4 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A BUSCA DO PROCESSO JUSTO. O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL .....	43
1.5 O CENÁRIO SOCIOPOLÍTICO ATUAL DO BRASIL. AS TENTATIVAS DE MODERNIZAÇÃO E DE ADEQUAÇÃO DO NOSSO ORDENAMENTO PROCESSUAL ÀS DIRETRIZES NORTEADORAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	51
<b>CAPÍTULO 2 – O COMPORTAMENTO PARTICIPATIVO DOS MAGISTRADOS NO SISTEMA PROCESSUAL</b> .....	67
2.1 A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA BUSCA DA CONCILIAÇÃO DAS PARTES .....	67
2.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A NECESSÁRIA BUSCA DA VERDADE REAL .....	90
2.3 APLICAÇÃO RESTRITIVA DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS EM RESPEITO A OUTRAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO .....	113
2.4 REPRESSÃO E COIBIÇÃO AO ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL .....	133
2.5 A APLICAÇÃO DOS CONCEITOS VAGOS/INDETERMINADOS E A CRIATIVIDADE JUDICIAL COMO ESFORÇO ADICIONAL PARA A OUTORGA ADEQUADA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL .....	147

<b>CAPÍTULO 3 – O FUTURO: OUTROS FATORES DE RELEVÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO MODELO DE PROCESSO PARTICIPATIVO</b> .....	158
3.1 A ADAPTABILIDADE DO PROCEDIMENTO COMO MÉTODO DE FORTALECIMENTO DA ESTRUTURA PROCESSUAL .....	158
3.2 UMA QUESTÃO: SERIA POSSÍVEL EQUILIBRAR O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL? .....	169
3.3 A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O RESPEITO AOS PRECEDENTES .....	182
3.4 FIM DO PROCESSO COMO “TÉCNICA” E ESTRATÉGIA. A INTEGRAÇÃO DO PROCESSO CIVIL AO PLANO DO DIREITO MATERIAL.....	194
<b>CONCLUSÃO</b> .....	202
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	206

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho de pesquisa versa sobre o processo civil participativo, importante alicerce do Estado Democrático de Direito que a sociedade brasileira tanto almeja, e sem o qual não será possível “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, como mencionado no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

O escopo principal do estudo é avaliar a atuação “participativa” dos magistrados frente às reais necessidades dos jurisdicionados, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para atingir este objetivo maior será necessário, especificamente, conhecer as categorias de “Estado Democrático de Direito” e de “Processo”, analisar o comportamento participativo dos magistrados do sistema processual pátrio e vislumbrar os fatores que contribuem para a construção de um modelo de processo participativo. Há, ainda, um objetivo de cunho institucional, que se materializa com a apresentação desta dissertação, que é obter o título de Mestre em Direito Processual Civil, a ser conferido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Pois bem. Antes de adentrarmos o mérito dos aspectos jurídicos que serão abordados no estudo, é importante apresentar alguns conceitos que circundam e, ao mesmo tempo, justificam a temática escolhida.

Assim, por atuação jurisdicional “participativa”, entende-se o desenvolvimento de uma conduta proativa, pautada em iniciativas que visam à outorga justa, rápida e adequada da prestação jurisdicional. É nesse cenário – participativo – que deverá florescer o novo processo civil brasileiro<sup>1</sup>: um processo

---

<sup>1</sup> O conceito de “processo participativo” pode variar de acordo com o contexto ao qual esta expressão está inserida. Cássio Scarpinella Bueno, por exemplo, ao tratar em sua obra sobre os contornos históricos e atuais que envolvem a figura do *amicus curiae* no processo menciona diversas vezes situações que envolvem a participação e a colaboração dos sujeitos (partes) e da própria sociedade no processo. Segundo o referido autor, a doutrina brasileira, fortemente influenciada pela doutrina estrangeira, começa a falar cada vez mais em “princípio da cooperação”, que nada mais é do que uma específica faceta do princípio do contraditório. Nesse sentido, o princípio da cooperação pode ser entendido como “o princípio do contraditório inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares

moderno, sem a linguagem rebuscada que sempre o rotulou, com elementos adicionais que se possam agregar, de forma positiva, ao desempenho da sua nobre função. Por outro lado, as iniciativas de cunho pessoal dos magistrados, para o desenvolvimento de um processo civil participativo, somente terão efeitos positivos caso a adaptabilidade necessária ao amadurecimento dessas medidas não venha a significar qualquer violação aos preceitos constitucionais. Assim, não podemos esquecer que, dentro do Estado Democrático de Direito há limites necessários à criatividade dos magistrados, em prol da segurança jurídica, da legalidade e do devido processo legal.

Dessa forma, a intenção é demonstrar que o nosso ordenamento processual deve servir como elemento impulsionador da outorga da prestação jurisdicional, como fim máximo a ser obtido. Por tal razão, na existência de qualquer conflito encaminhado ao Poder Judiciário, os entes envolvidos (partes, serventuários, terceiros, peritos, Ministério Público e, especialmente, magistrados) deverão atuar de forma colaborativa e participativa, deixando de se apegar simplesmente à interpretação fria da lei.

Veremos que, por mais que o ordenamento jurídico exija um comportamento da sociedade voltado para a observância do princípio da legalidade, há determinadas situações em que não bastará, para a adequada solução da lide, o estrito cumprimento legal das normas de direito material e de direito processual. Devemos ir além. É nosso dever moral e social atuar com maior vigor na solução dos problemas, com contribuições que extrapolam o dever legal, pois a mera observância do “dever legal” nem sempre é suficiente para atingirmos os nossos objetivos.

As leis são criadas e inseridas no ordenamento jurídico para que possam produzir efeitos positivos, mas, para que isso ocorra com perfeição, é preciso que, no momento da sua interpretação, sejam utilizadas técnicas bem definidas, com o fito de aplicá-las corretamente e, assim, satisfazer por completo a pretensão do legislador que a criou.

A criação de uma nova lei (qualquer lei) não é um ato aleatório, sem sentido e impensado, mas sim uma conduta pautada em um objetivo específico,

uma finalidade. Quando são desenvolvidas iniciativas legislativas, geralmente há certo problema em foco, ou algo que se pretende evitar. É, exatamente, aproveitando a percepção do legislador, que devemos entender, interpretar e aplicar as leis criadas.

Dos magistrados, exige-se maior criatividade e conhecimentos em outros ramos técnicos, que não sejam totalmente jurídicos. A nossa sociedade já não considera como “bom juiz” aquele sujeito que simplesmente conhece bem a lei e sabe aplicá-la, tecnicamente. Do “bom juiz”, espera-se muita criatividade, didática e, mais do que tudo, características pessoais que possam fazer com que tenhamos uma boa e adequada condução do processo. Uma condução pautada em grande sensibilidade na produção das provas, no tratamento dispensado às partes e também na busca da conciliação.

Assim, para que possamos desenvolver as nossas ideias da forma mais completa e precisa, procuraremos delinear o presente trabalho sempre com foco na atuação dos magistrados, dentro do contexto do que consideramos ser um “processo participativo”.

Nessa trilha, pretendemos definir o processo participativo e demonstrar como essa nova tendência deverá ser considerada, de forma a aperfeiçoar a outorga da prestação jurisdicional. Em um primeiro momento, partiremos de uma abordagem conceitual da expressão “processo participativo” e o objetivo é chamar a atenção sobre a importância deste conceito para a evolução da sistemática processual pátria e adequação à realidade contemporânea, especialmente no que tange à função pública exercida pelos magistrados.

A propósito, entendemos que incumbe aos magistrados, na qualidade de condutores do processo, grande parte das iniciativas a serem desenvolvidas, muito embora o sistema somente funcione a contento com o estabelecimento de uma situação de completa sinergia entre o ente julgador, as partes, os serventários e os advogados.

Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno<sup>2</sup> opina:

A doutrina brasileira mais recente, fortemente influenciada pela estrangeira, já começa a falar em ‘princípio da cooperação’, uma

---

<sup>2</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 109.

específica faceta – quiçá uma (necessária) ‘atualização’ – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes, preocupados, todos, com o proferimento de uma melhor decisão para a lide. Neste sentido, o princípio da ‘cooperação’ pode ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado da sua concepção concreta. E, por isso mesmo é que ele convida a uma renovada reflexão do princípio do contraditório. De uma visão que relacionava o princípio somente às partes, à possibilidade de atuação das partes, é correto o entendimento que vincula também o juiz. Assim, o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e dos deveres do juiz.

Muito embora os magistrados tenham em suas mãos o peso da responsabilidade<sup>3</sup> de criação de um sistema mais completo, efetivo e moderno, procuraremos abordar alguns aspectos importantes que, mesmo não diretamente relacionados à atuação dos magistrados, acabam por influenciar os resultados a serem obtidos.

Para que possamos terminar o presente trabalho, com considerações conclusivas cuja substância possa ser agregada à evolução do conceito que será defendido<sup>4</sup>, não seria muito efetivo, para o escopo do estudo, tratarmos o assunto de forma ampla, motivo pelo qual, como já dito, restringiremos a avaliação tão somente aos aspectos que dizem respeito à figura dos magistrados.

Antes, porém, de abordar os aspectos técnicos da atuação dos magistrados, no contexto do processo participativo, será necessário fazer uma breve digressão acerca de alguns aspectos históricos que nortearam a criação e a consolidação do nosso sistema processual, especialmente aqueles que tratam da conjuntura social, política e econômica brasileira, que, em determinado momento,

---

<sup>3</sup> É dever dos magistrados atuar com proatividade e eficiência. Há uma tendência, cada vez maior, de se exigir dos magistrados maiores resultados e transparência em suas tarefas diárias. O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, que se ocupa da tarefa de gerenciar os dados estatísticos do Poder Judiciário, é capaz de definir metas individuais para cada cartório e juiz. A definição de planos de metas aos magistrados é a maior prova de que o sistema precisa evoluir com a garantia de resultados efetivos e reais, em prol dos interesses da sociedade.

<sup>4</sup> A atuação dos magistrados no âmbito do processo participativo.

justificaram a criação de um modelo processual técnico e formalista, com muita influência do direito italiano.

Ultrapassada a análise dos fatos e situações extraprocessuais que agregaram valor ao Código de Processo Civil (CPC), passaremos a apresentar a íntima relação existente entre o nosso ordenamento processual e a Carta Magna. Veremos que, muito embora a atual Constituição Federal tenha sido promulgada em 1988, ou seja, posterior a 1973, ano em que efetivamente entrou em vigor o Código de Processo Civil (CPC), não há qualquer conflito entre os dois diplomas legais. Ao contrário, apesar de não haver, no atual CPC, elementos constitucionais expressos e atuais, com o advento da Constituição de 1988 podemos dizer que o nosso sistema processual passou a ser interpretado e preenchido com as premissas constitucionais da atual Carta Magna. Por tal razão, a nossa jurisprudência, em especial, com o apoio das decisões judiciais dos tribunais superiores, cuidou da tarefa de dar ao ordenamento processual uma interpretação constitucional, unindo de forma harmônica os dois sistemas.

O alinhamento dos preceitos constitucionais ao ordenamento processual, durante muito tempo, foi bastante para garantir a completa coesão entre os sistemas. De todo modo, essa sinergia, com o passar dos anos, mostrou-se insuficiente para que se pudesse adaptar o sistema processual civil às necessidades da sociedade contemporânea.

Em busca de novas diretrizes e ajustes, o legislador brasileiro achou por bem modernizar o CPC, mediante a edição de várias leis esparsas, motivo pelo qual, em meados da década de 1990, surgiram novas adaptações ao Código de 1973.

Esses ajustes, durante muito tempo, também foram suficientes para viabilizar o atendimento das necessidades dos jurisdicionados, mas, progressivamente, veio à tona a constatação de que não seria mais produtiva a realização de outras emendas ao CPC vigente, pois acabaria por torná-lo uma verdadeira “colcha de retalhos”.

Com esse espírito empreendedor, procuraremos abordar a realidade que hoje se apresenta e as principais iniciativas voltadas para a consubstanciação de um cenário processual mais efetivo e moderno, focado especialmente na manutenção das garantidas constitucionais e, também, na prolação de decisões judiciais mais completas, fundamentadas e, principalmente, rápidas.

Sobre o aspecto constitucional do processo civil, abordar-se-ão as principais preocupações da doutrina a respeito, com o intuito de enriquecer o debate acerca das garantias fundamentais do processo e da observância real e estrita à sua finalidade, que é a outorga da prestação jurisdicional.

Veremos que, na leitura das nossas leis processuais, os entes envolvidos deverão adotar uma metodologia padrão de interpretação do sistema, levando em consideração sempre o objetivo do legislador ao adotar determinada norma e, especialmente, os princípios norteadores da sua criação.

Sustentaremos que toda e qualquer norma processual sempre, no momento de sua criação, é formada por um “alicerce” principiológico sólido e eficaz, que deverá ser revisitado quando surgirem dúvidas sobre a aplicação concreta da lei.

Ao avaliarmos a “essência” da norma processual, evitaremos a sua utilização para a prática do “mal”<sup>5</sup> e passaremos a idealizar e a buscar a criação de um “processo justo”<sup>6</sup>, isto é, um processo pautado na manutenção das garantias fundamentais constitucionais, que depende de uma radical mudança de mentalidade da sociedade para que possa cumprir a sua finalidade.

Nesse sentido, deverá ser abolida a abordagem atual do processo civil como “estratégia”, evoluindo para uma concepção processual instrumental, com foco na prestação jurisdicional. Já que não se permitirá utilizar o processo como estratégia para a tutela indiscriminada e abusiva de direitos, importante contextualizarmos a função exercida pelos magistrados na condução do processo instrumental, que procura, acima de tudo, o fim do litígio.

Dos magistrados, espera-se maior empenho na busca da conciliação e, logicamente, torce-se para que o sistema conceda aos juízes diretrizes mais

---

<sup>5</sup> Tem-se que a denominada “prática do mal” está voltada para a utilização do direito processual civil como estratégia para o retardamento da outorga da prestação jurisdicional, e não como elemento impulsionador e facilitador da sua concessão.

<sup>6</sup> A esse respeito, importante o conhecimento de elucidativo artigo do professor Leonardo Greco. Apenas a título de curiosidade, trata-se de tema de grande atualidade, mas que vem sendo trabalhado e amadurecido há anos por este processualista. Nesse sentido, ainda quando acadêmico de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), no ano 2000, tivemos a oportunidade de participar de algumas aulas de graduação ministradas pelo referido professor na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Em uma destas aulas, discorreu sobre o conceito de “processo justo”. (**Processo justo**. [Aula ministrada na Disciplina Direito Processual Civil no Curso de Direito]. 21 mar. 2000. Rio de Janeiro. Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. 2000.

modernas e também uma estrutura suficiente para que a conciliação esteja sempre em foco no curso da demanda litigiosa.

Uma vez esgotadas as tentativas de conciliação, ainda que momentaneamente, o processo deverá seguir o seu curso normal, com a constituição das provas e dos elementos necessários à obtenção de um julgamento justo e adequado. Nesse sentido, será dos magistrados a importante função de conduzir a marcha processual, determinando a produção de provas como instrumento capaz de efetivamente contribuir para a formação do seu convencimento motivado e da verdade real, verdade esta que não pode ser obtida a qualquer custo, mas que precisa ser perseguida com o devido respeito aos preceitos constitucionais e à própria imparcialidade dos magistrados.

Dentro de uma concepção moderna e participativa do processo, não há mais espaço para o formalismo processual, o que evidencia uma maior tolerância com relação à forma dos atos processuais, desde que estes não venham a produzir efeitos colaterais indesejados, tais como a violação ao direito de defesa e do devido processo legal. Por tal razão, o princípio da instrumentalidade das formas, sempre que não conflitar com os preceitos constitucionais, deve ser cada vez mais prestigiado pelos magistrados, sendo estes sabedores de que não há uma aplicação absoluta deste postulado processual.

Se por um lado vivenciamos, nos dias de hoje, um cenário menos formal do processo, espera-se uma maior fiscalização do Poder Judiciário, com relação ao manejo indiscriminado da técnica processual em favor das partes. O abuso do direito processual – tanto para o autor como para o réu – deve ser interpretado além e de forma mais profunda do que pontualmente é posto na lei. Por tal razão, aos magistrados cabe a função de coibir todas as estratégias processuais maliciosas, não raro, utilizadas pelos demandantes para o retardamento do processo.

Ainda, de forma a permitir maior adaptabilidade das iniciativas a serem desenvolvidas no bojo do processo participativo, abordaremos alguns importantes aliados do sistema processual. Inicialmente, a utilização dos conceitos jurídicos vagos/indeterminados, de acordo com o caso concreto trabalhado, para que se possa obter a melhor solução possível para a demanda. Verificaremos os benefícios e os malefícios desses conceitos e como aplicá-los corretamente.

Em um segundo momento, mas também fazendo conexão com outras premissas que permitem uma atuação adaptável dos magistrados ao caso concreto, estudaremos o que a doutrina chama de “criatividade judicial” e como esse conjunto de medidas poderá ser útil à outorga da prestação jurisdicional.

Ainda, chamaremos a atenção para a problemática causada pela prática do “ativismo judicial” e as várias vertentes de abordagem existentes sobre este conceito, que podem enriquecer de forma imperiosa o sistema, desde que devidamente respeitados alguns princípios e limites jurisdicionais.

Embora a concepção de processo participativo exija dos magistrados uma atuação mais abrangente, criativa e inovadora dentro do processo civil, para que os jurisdicionados tenham previsibilidade com relação às suas demandas jurídicas, mostra-se cada vez mais importante o devido respeito aos precedentes postos pelos tribunais superiores.

Assim, dentro do modelo que procuramos demonstrar, as decisões judiciais devem ser construídas com base em outras decisões judiciais já sedimentadas sobre o mesmo tema, sem que isso venha a implicar o “engessamento” da nossa jurisprudência. O respeito aos precedentes judiciais significará o fortalecimento dos tribunais superiores e, conseqüentemente, dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Outros aspectos, menos conceituais e mais práticos, também influenciam diretamente a formatação de um processo civil participativo. É sabido que o Brasil é um país de dimensões continentais e que possui diferentes realidades em cada estado da federação. Por isso, é preciso que os tribunais estaduais e regionais possam inovar com a criação de normas procedimentais específicas e modernas para cada estado federado, de acordo com as peculiaridades regionais apresentadas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, importante é a reflexão de Cássio Scarpinella Bueno: “[...] qual é o papel que os legislativos estaduais devem desempenhar para alcançar a celeridade e a razoável duração do processo à luz da distinção feita pela Constituição Federal (LGL/1988/3) entre normas de processo, cuja competência é exclusiva da União, e normas de procedimento, estas a cargo da legislação concorrente daquele ente federado e dos Estados? As usuais delegações legislativas aos Regimentos Internos dos Tribunais, Superiores, Estaduais ou Regionais Federais, esbarrariam naqueles dispositivos constitucionais?” (O modelo constitucional do direito processual civil. Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, v. 161, jul. 2008. p. 261).

Com efeito, as normas procedimentais, em conjunto com as normas processuais, servirão para impulsionar a modernização de todo o sistema, gerando muito mais eficiência e resultados na distribuição da justiça.

Quadra dizer, ainda, que as normas procedimentais devem ser criadas não somente por iniciativa dos tribunais, mas também há espaço legítimo para que os próprios magistrados, valendo-se da sua criatividade e da sua experiência de vida, possam desenvolver métodos próprios em seus cartórios, de forma a potencializar a prestação jurisdicional.

Há, portanto, dentro do atual contexto de processo civil, a nítida influência de outros fatores e elementos não processuais na constituição de um sistema mais efetivo<sup>8</sup>. Dos magistrados, exige-se não somente um perfil técnico e jurídico, mas também conhecimentos sobre outros ramos do conhecimento, como economia, política, psicologia e administração, características estas que possam estar em sintonia com a árdua tarefa que lhes é posta, sem o tradicional formalismo que a profissão historicamente impõe.

Parece evidente a necessidade de se exigir dos magistrados mais do que conhecimento jurídico, mas, para que não sejamos injustos, vale lembrar que há outros fatores que são determinantes para a construção de um Poder Judiciário mais moderno, efetivo e com credibilidade.

É, pois, dever do Estado criar estrutura, fornecer equipamentos de informática, contratar e treinar a mão de obra de acordo com as mais modernas técnicas de gestão<sup>9</sup>. O Poder Judiciário precisa ser encarado pelos nossos governantes como qualquer empresa, ou seja, uma empresa capitalista que preza pelo lucro, sendo que, no caso, o “lucro” seria a distribuição rápida, adequada e justa da prestação jurisdicional.

---

<sup>8</sup> Na área jurídica, o tema que envolve a interdisciplinaridade tem sido tratado com mais frequência por juristas como André Franco Montoro, Cláudio de Cicco, Miguel Reale, Tércio Sampaio Ferraz Jr., assim como os magistrados José Renato Nalini, Aniceto Lopes Aliende, Sidnei Agostinho Beneti.

<sup>9</sup> Os magistrados, nos dias atuais, cumulam a função de magistrados concursados com a de coordenação administrativa dos seus cartórios. Ocorre que os juízes não foram academicamente preparados para o desenvolvimento de atividades administrativas e, muitos deles, sequer possuem vocação para a realização de funções que não sejam ligadas à técnica jurídica. Dessa forma, entendemos que o mais adequado para a simplificação e otimização do sistema seria desvincular a atividade jurídica da atividade administrativa, fazendo com que os cartórios judiciais contem com o trabalho de coordenadores que efetivamente possam administrar o trabalho a ser executado, com a maior eficiência e celeridade possíveis.

No bojo dessa “empresa”, os juízes são, sem dúvida, o grande elemento impulsionador das atividades executadas e, ao estarem desprovidos da formalidade da toga, contando com o apoio de toda a estrutura necessária ao desenvolvimento da sua atividade, conseguirão, enfim, naturalmente oferecer à sociedade a sua contribuição na construção do processo participativo. Um processo efetivamente de acordo com os anseios do povo brasileiro e que perdurará por longos anos.

Essas considerações não têm outro propósito senão contribuir para a formação de doutrina jurídica que defenda a existência de um Estado Democrático de Direito, que não contenha tantas barreiras técnicas e antiprodutivas.

Agora, é chegado o momento de apresentar, ainda que brevemente, o plano metodológico do presente trabalho. Apoiados no método monográfico, desenvolvemos a pesquisa pelo raciocínio dedutivo, assim entendido aquele que parte de proposições mais gerais sobre determinado assunto para, então, vislumbrar uma explicação para a problemática definida. Para tanto, utilizamos como técnica de procedimento a pesquisa bibliográfica, necessária para arregimentar um referencial de base sobre o assunto. Os dados, de natureza secundária, foram extraídos da doutrina que explora o tema, especialmente livros, revistas, sites e artigos especializados.

Assim, para podermos demonstrar e comprovar a constituição da nova tendência, como exposto, estruturamos o trabalho em três capítulos principais. O primeiro trata da evolução do sistema processual brasileiro até a atualidade, abordando também os elementos que constituem a base sustentável do processo civil moderno dentro do Estado Democrático de Direito, ou seja, a forte influência constitucional e o que entendemos por “garantias fundamentais do processo”. O segundo capítulo, que constitui o centro da presente investigação, abordará as considerações principais sobre o comportamento participativo dos magistrados dentro do processo civil contemporâneo. Nesse passo, utilizaremos alguns mecanismos valiosos postos à disposição dos magistrados para o fim de fomentar, fortalecer e tornar mais eficiente o sistema.<sup>10</sup> O terceiro e último capítulo tratará de

---

<sup>10</sup>“Após uma reflexão sobre esse entendimento e sobre a concepção de direito e de prestação jurisdicional nele implícita, pode-se constatar o que foi dito antes: há sinais de que a judicatura brasileira esteja evoluindo – embora vagarosa e gradativamente – para um inédito modo de relacionamento entre o juiz e as partes, com uma maior proximidade entre ambos e com uma inusitada forma de tutela dos direitos. Nesse contexto, o julgador contemporâneo tratará das questões da minoria uniforme que outrora demandava e dos heterogêneos grupos dos excluídos, que

outros aspectos menos técnicos (mas nem por isso menos importantes), que indiscutivelmente influenciam a árdua tarefa dos magistrados para a outorga da prestação jurisdicional; são situações estruturais e periféricas ao processo civil, que impedem o seu amadurecimento e fortalecimento.

---

são, do mesmo modo, sujeitos do direito. Um juiz que se empenhe na integração à consciência das características do arquétipo do feminino e alcance uma certa fluidez de sentimento e de criatividade no ato de julgar, terá maiores condições de outorgar a todos, inclusive a esses grupos, uma adequada prestação jurisdicional. Parece estar em processo de superação, a clássica figura, típica do dinamismo patriarcal, do magistrado neutro, ascético cumpridor da lei e distante das partes e da sociedade. E essa superação constitui uma das razões pelas quais a maioria dos juizes tem a consciência de que o judiciário precisa se adequar às mudanças do nosso tempo.” PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Aspectos da lógica da decisão judicial. 4. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 119.

## CAPÍTULO 1 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROCESSO

### 1.1 O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para que possamos avaliar, em detalhes, a proposta que se pretende apresentar, ou seja, o desenvolvimento de um processo civil participativo, com foco em uma atuação moderna e eficaz dos magistrados, torna-se necessário tecer algumas considerações sobre o momento político que envolveu a promulgação da atual Constituição da República e que, por consequência, acabou por influenciar a interpretação do nosso diploma processual civil de 1973.

Embora a nossa Carta Magna tenha sido promulgada quase quinze anos após a entrada em vigor do atual CPC, é inegável que os preceitos constitucionais acabaram influenciando por completo a interpretação e a aplicação da legislação processual.

Vale lembrar que os vinte anos que antecederam a promulgação da Constituição da República foram marcados por intensos conflitos militares e autoritarismo. Era um tempo em que não se admitiam manifestações de cunho democrático e o governo militar, até então intocável, ocupava-se em reprimir, de forma totalmente agressiva, qualquer manifestação que eventualmente pudesse emergir contra os seus interesses.

O Golpe Militar de 1964 marcou de forma insuperável a sociedade brasileira, retardando com gravidade a evolução das nossas instituições democráticas e o nosso sistema jurídico. Além disso, tratava-se de barreira intransponível para que a população pudesse expor, sem qualquer efeito colateral, suas vontades, ideias e esperanças.

Diante de incompreensíveis demonstrações de intolerância, a sociedade, de forma progressiva, passou a se mobilizar e a buscar alternativas plausíveis para a futura instauração de um Estado Democrático de Direito.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Regina Quaresma e Francisco de Guimaraens, em artigo publicado em obra comemorativa dos princípios da Constituição de 1988 lembram que “O Estado Democrático de Direito é sucedâneo do

Nesse sentido, enquanto uns defendiam os interesses daqueles que foram expatriados, presos ou viviam na clandestinidade, outros reivindicavam eleições diretas para presidente, com esperança no fim do mórbido período autoritário. Essas pessoas também estavam cientes de que a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte haveria de ser considerada um ato heróico (de valentia). Mesmo assim, muito ainda precisaria ser feito para que se pudesse mobilizar mais gente para a realização daquele tão esperado sonho.

Aos poucos e, com muita obstinação, o sentimento democrático foi tomando conta do povo e mesmo daqueles mais conservadores, que viam no governo militar uma falsa percepção de ordem, progresso e segurança. Entidades de classe, universidades, imprensa e outros membros da resistência chegaram juntos à fácil conclusão de que, para afastar de uma vez por todas o período de “cangaço político” a que o Brasil se via submetido, necessário seria constituir, pelo povo, uma Assembleia Nacional Constituinte.

Contra a vontade dos militares, assim foi feito: a Assembleia Nacional Constituinte foi instaurada em 1º de fevereiro de 1987<sup>12</sup>, fato que deu ensejo à promulgação<sup>13</sup> da nova Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

Logo após, seguiram-se as eleições diretas para presidente da república, em 15 de novembro de 1989, em dois turnos de votação.

---

Estado de Direito (liberalismo clássico) e do Estado Social. Trata-se de um salto dado pelas coletividades políticas, em busca de uma nova concepção histórica de democracia. Atualmente, não faz mais sentido propugnar por uma estrutura de Estado que se baseie somente na legalidade, abstando-se de determinadas práticas, em respeito aos direitos fundamentais, dividindo-se as funções de Estado entre os poderes. É necessário algo mais do que o mero formalismo jurídico, imposto durante o liberalismo clássico. Também, de nada adianta adotar a forma de Estado Social (de providência) se o mesmo não abrir espaço para que os cidadãos exerçam participação política diretamente. O Estado Democrático de Direito deve estar calcado no princípio da legitimidade, segundo o qual as decisões políticas devem ser tomadas pelos cidadãos e, quando seus representantes o fizerem, devem estes ter meios de controle à sua disposição. Ainda se ressalta estar o Estado Democrático de Direito calcado na concepção de justiça social, garantindo-se a todos os direitos sociais, culturais e econômicos.” (**Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. Ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006. p. 464).

<sup>12</sup> Assembleia convocada pela Emenda Constitucional nº 26, promulgada pelo Congresso Nacional, em 27 de novembro de 1985.

<sup>13</sup> A Constituição Federal de 1988 possui o seguinte preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>14</sup>, jurista que teve a oportunidade de participar ativamente desse importante momento da história da sociedade brasileira, resume bem um dos objetivos principais da Constituição Brasileira de 1988:

Quanto à Constituição brasileira promulgada a 05 de outubro de 1988, já tivemos o ensejo de salientar que, não tendo resultado, sob ocêo aspecto histórico-formal, de uma ruptura revanchista com as instituições anteriores, qualifica-se como típica carta-compromisso<sup>15</sup>. Além de descortinar um roteiro extensivo para o atingimento das renovadas metas sociais-democráticas, sua missão mais notória foi, sem dúvida, a de coroar e dar fecho ao processo de transição lenta e gradual projetado pelos arquitetos de declínio da ditadura militar.

Fato é que a Constituição de 1988 coroou o fim da trágica fase de ditadura militar, mas, especialmente, trouxe para a nossa sociedade e para o nosso ordenamento jurídico um ambiente mais sustentável e que permitiria, como assim sucedeu, um acelerado desenvolvimento social, econômico e industrial do país.

Para que se pudesse, então, executar o plano estratégico para o qual foi criada, a Constituição de 1988 se baseou em diversos princípios, que traduziam, à época, as vontades da sociedade. Com esses princípios, em sua maior parte, com forte conteúdo social-democrático, procurava-se estabelecer solidamente a democracia, mas com o escopo também de permitir uma maior consolidação dos direitos fundamentais e sociais.<sup>16</sup>

A preocupação com a manutenção dos direitos fundamentais foi uma das principais bandeiras da nova Constituição, pois todos sabiam que de nada adiantaria a existência de um Estado Democrático de Direito, se este Estado não tivesse em sua Constituição a preocupação constante com a ordem social e com a propagação dos direitos fundamentais a todos os indivíduos.

É verdade que, na medida em que os princípios constitucionais possuem alto grau de abstração e pouca densidade, correu-se o risco de as premissas

---

<sup>14</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

<sup>15</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Os direitos humanos e a defesa da Constituição. [Aula *sapiens* proferida ao ensejo da inauguração da Universidade do Norte Fluminense, em Campos, no dia 16 de agosto de 1993]. **3º Milênio**. Rio de Janeiro, Ed. da UENF, n. 2, 1994. (Separata).

<sup>16</sup> A esse respeito, Marcelo Souza Aguiar esclarece: “[...] os direitos sociais são conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por ser justamente princípio fundamental, lobra eficácia máxima, no sentido de que a sua interpretação e aplicação não de ser levadas à última conseqüência, sob pena de flagrante desrespeito à vontade popular, soberana, expressa, no Brasil, na Magna Carta de 5 de outubro de 1988.” (**Revista de Direito Social**. Porto Alegre: Notadez, n. 31, julho a setembro de 2008. p. 109).

estabelecidas serem esquecidas e, conseqüentemente, não se materializassem em futuras leis, que serviriam para a efetivação dos preceitos buscados.

Além disso, mesmo não havendo qualquer garantia de que a sociedade e seus políticos se empenhariam em formatar uma nova época (política e social) para o Brasil, houve muito receio sobre quais seriam as conseqüências da incidência da nova Constituição sobre as leis que já estavam em vigor, no momento da sua promulgação.

Mesmo diante desse cenário de incertezas, a nossa Carta Magna foi amadurecendo e cumprindo o papel para o qual foi criada. E, assim, podemos dizer que, até hoje, cumpre bem os seus objetivos, pois foi dotada de mecanismos de manutenção da democracia e de instrumentos jurídicos que visam evitar ações abusivas por parte do Poder Público, como o mandado de segurança<sup>17</sup>, o *habeas corpus*<sup>18</sup> e o *habeas data*<sup>19</sup>. Até mesmo para evitar que a base constitucional principiológica, de natureza abstrata, não fosse observada pelos governantes, o legislador constituinte também fez prever o mandado de injunção<sup>20</sup> como ferramenta de defesa do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, colocou-se a “omissão” do Poder Público como situação tão ou mais ofensora quanto às ações abusivas do Estado.

Como indicador de que o poder deve ser exercido pelo povo e pelos seus representantes eleitos de forma democrática, previu-se também o manejo de ação popular<sup>21</sup> para permitir que qualquer cidadão pudesse exercer o controle sobre os atos da administração pública.

---

<sup>17</sup> CRFB: “Art. 5º [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; [...]”.

<sup>18</sup> CRFB: “Art. 5º [...] LXVIII - conceder-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; [...]”.

<sup>19</sup> CRFB: “Art. 5º, LXXII - conceder-se-á *habeas-data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...]”.

<sup>20</sup> CRFB: “Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...]”.

<sup>21</sup> CRFB: “Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]”.

Vânia Siciliano Aieta<sup>22</sup> lembra que os “remédios constitucionais” formam um conjunto de medidas postas à disposição do povo para a manutenção das garantias fundamentais previstas na Constituição. Nas palavras da autora:

O Estado precisa deixar de ser algo misterioso para o povo. O Estado deve ser finalmente, ‘**a coisa de todos**’ e quanto aos seus mecanismos de controle, deve-se transformar em uma questão que interessa a todo e qualquer cidadão. Os mecanismos de controle da governabilidade precisam se modificar em peças do sistema social como meios de transformação social. Evidentemente, uma sociedade não pode subsistir sem a existência de uma autoridade, de um poder. Mas é também preciso deixar de idolatrar esse poder porque se trata de poder delegado. Quanto à questão da eficácia dos controles, a velha frase ‘dar um passo atrás para alcançar dois à frente’ é perfeita para esse caso. A obediência pode garantir a ordem, mas a resistência fará com que se assegure a liberdade. [Grifos nossos].

Se por um lado a Constituição Federal prevê a existência de diversos mecanismos de controle do poder estatal, foi com a criação do Supremo Tribunal Federal (STF) que a nação brasileira passou a ter a garantia efetiva de que a Carta Magna pátria seria defendida, a qualquer custo.

Ao criar uma Suprema Corte, o legislador constituinte de 1988 fez emergir uma instituição que passaria a ser a maior guardiã dos mandamentos constitucionais e, resultando desta incumbência, defensora dos ideais democráticos.

De certo, de nada adiantaria um novo regramento constitucional, sem que esse cenário pudesse, concretamente, influenciar o restante do ordenamento jurídico, de forma a exigir que todas as leis posteriores tivessem conteúdo alinhado com os dispositivos da nova Constituição.

Além disso, para as leis anteriores a 5 de outubro de 1988, o STF passou a exercer importante função de controle de constitucionalidade, com o fito de evitar que leis com conteúdo constitucionalmente duvidoso pudessem gerar impactos negativos sobre a sociedade.

No que tange ao CPC de 1973, não houve qualquer constatação de que alguns dos seus dispositivos estivessem em desacordo com o que havia sido proposto pelo legislador constituinte. Assim, ao invés de atuar de forma repressiva, o

---

<sup>22</sup> AIETA, Vânia Siciliano. **Democracia**. Estudos em homenagem ao Professor Siqueira Castro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. t. II. p. 242. (Coleção Tratado de Direito Público).

STF apenas procurou dar à nossa lei processual civil, interpretação conforme a Constituição Federal.

Como veremos, adiante, a aplicação do CPC passou a ser influenciada pelos preceitos esculpidos na Constituição de 1988, o que, de certa forma, permitiu que se pudesse fazer transpirar, no decorrer desses anos, atitudes condizentes com a formatação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

## 1.2 INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Democracia. Este é o ponto de partida para entendermos a profundidade da influência da Constituição de 1988 no nosso Código de Processo Civil. O Código de 1973 não foi promulgado em cenário político dos mais democráticos. Ao contrário, em plena ditadura militar e diante da necessária substituição do Código de 1939, não havia como aprovar qualquer lei que se pudesse traduzir em maior eficiência do Poder Judiciário, o que poderia significar, em médio prazo, um grande desconforto para o governo militar e sua soberania ditatorial.

Em sentido contrário aos preceitos ditatoriais, sabemos que o alicerce do princípio democrático, tradicionalmente, é composto por dois outros ideais: liberdade e igualdade. Dessa forma, para o desenvolvimento do princípio da democracia, foi fundamentalmente importante a influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que positivou o ideal de isonomia, *in verbis*: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Nos anos 70 do século passado, em plena ditadura militar, não era oportuno, portanto, viabilizar um novo sistema processual que pudesse fomentar o fortalecimento das instituições democráticas ou até mesmo o controle dos atos do governo, mediante a atuação vigilante do Poder Judiciário. Por outro lado, havia um problema a ser enfrentado: o Código de Processo Civil de 1939 já não mais comportava a popularidade necessária ao contentamento dos jurisdicionados e, por tal razão, precisava ser substituído.

Apesar das dificuldades políticas que assolavam aquela época, podemos dizer que o projeto do Código de 1973, se não foi um aliado reconhecido da democracia, permitiu que houvesse o progressivo amadurecimento do sistema democrático, tornando-se um elemento predominantemente técnico para a atuação do Poder Judiciário.

Sem perceber e, ao permitir uma maior adequação do sistema processual para a solução dos litígios, o legislador acabou fortalecendo a própria atuação do Poder Judiciário, trazendo maior esperança aos jurisdicionados, à época, abalados com os males da ditadura militar.

Ao fortalecer o Poder Judiciário e, apesar de este traduzir, em regra, o interesse público estatal, preparava-se o terreno para o desenvolvimento de uma cultura mais democrática, na qual o próprio Poder Judiciário, alguns anos depois, exerceria a importante função de controlar as atividades estatais e eventuais abusos cometidos pela administração pública.

Vale dizer que a própria exposição de motivos do referido Código de 1973, mencionava que:

“[...] o processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina à simples definição de direitos na luta privada entre os contentores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou outra parte, mas por meio de interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade.

E foi exatamente com essa bandeira – a necessidade de formatação de uma legislação predominantemente técnica – que surgiu o projeto do CPC de 1973: um código que se apossou dos principais institutos, ideologias e inovações que permeavam a Europa, em especial na Itália: técnicas processuais internacionais que serviram muito bem para a obtenção dos resultados esperados no Brasil.

Importante mencionar que, àquela época, não havia nenhuma meta bem definida a ser atingida com a criação de um novo diploma processual civil. O que se esperava era, sobretudo, romper as barreiras postas pelo Código de 1939,

reestruturando, assim, o ordenamento pátrio com institutos novos e bem definidos tecnicamente.

O Código de 1973, porém, não foi totalmente inovador. Utilizando-se do alicerce do Código de 1939, o legislador remodelou a sua estrutura principal, com a inserção de novos elementos, que se esperava, fossem assimilados de forma espontânea por magistrados e advogados.

Devido às características predominantemente técnicas, exigia-se que toda a sociedade acatasse aquela nova lei como algo positivo. Para os magistrados, ofereceu-se o novo código como um “instrumento cotidiano de trabalho”<sup>23</sup> e, ao mesmo tempo, pedia-se para que houvesse grande esforço no sentido de “aplicá-lo corretamente”. Aos advogados, trazia-se a esperança de que teriam em mãos um poderoso aliado para a outorga da prestação jurisdicional.

O legislador reformador, embora ciente da possibilidade de existência de lacunas na lei, não esperava que o Código de Processo Civil pudesse dar margem a muitas formas de interpretação. Afinal, qual seria o significado da expressão “aplicá-lo corretamente”? Como o viés da nova lei foi exatamente trazer tecnicidade ao sistema, pairava no ar a falsa expectativa de que o ordenamento processual civil, que então surgia, poderia ser facilmente compreendido e, por tal razão, “aplicado corretamente”.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>24</sup> teve oportunidade de se manifestar, à época, sobre as eventuais lacunas da lei que então surgiam. O alerta do autor caminhou no sentido de que:

[...] não cabe ao intérprete, ao aplicador da lei, retificá-la; não lhe é possível, muitas vezes, corrigir defeitos que ela possua. O juiz está adstrito à lei. E, ainda que a lei não seja perfeita não compete ao juiz reformá-la, obviamente. Pode ele e deve, entretanto, aplicá-la com fidelidade ao melhor espírito que a anima, procurando preservar aquilo que ela tem de bom – e muita coisa de bom, certamente, o novo código tem – de tal sorte que, na prática judiciária e através dela, se a reforma processual não representar o grande passo renovador, que todos nós desejaríamos ver dado nesse momento, possa ao menos constituir o marco inicial de que uma arrancada em direção a melhores dias em matéria de administração da Justiça no Brasil.

---

<sup>23</sup> Expressão utilizada na exposição de motivos do CPC de 1973.

<sup>24</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 246, ano 70, abril, maio e junho 1974. p. 41.

Embora já houvesse alertas de que deveríamos (advogados, juízes, Ministério Público e Defensoria Pública) manusear a nova lei “com fidelidade ao melhor espírito que a alma”, não foi bem isso o que ocorreu.

Por ser uma obra técnica e muito qualificada, o Código de Processo Civil, muitas vezes, estimulou negativamente a criatividade de advogados, juízes e doutrinadores. Os gloriosos dispositivos legais que serviriam, em tese, para trazer maior previsibilidade, segurança e eficiência ao sistema foram sendo interpretados, não propriamente “conforme a lei”, mas sim conforme o interesse e os objetivos daqueles que precisavam demandar.

Essa dura realidade não surgiu da noite para o dia. Como uma criança que não recebe a devida orientação em casa, fomos acostumando-nos a buscar “brechas” na lei processual, não raro, como estratégias para utilizá-la de acordo com os interesses próprios.

Assim, fomentamos a prática do mal<sup>25</sup> e, por mais estranho que possa parecer, isso não era ilegal. Criamos um ciclo vicioso no sistema, aproveitando-nos das brechas processuais para defender direitos inconsistentes e sem qualquer crédito. De alguma forma, se não ultrapassamos as barreiras da legalidade, fomos à beira da indignidade, da vergonha. Nosso limite: a Constituição Federal.

Em 1988, surge uma nova diretriz constitucional, que colaborou em muito para que se pudesse dar ao Código de 1973 a interpretação que lhe era adequada, segundo os interesses maiores da sociedade e de acordo com os elementos que permeavam o Estado Democrático de Direito.

A nova Constituição, construída no berço de uma nova era democrática, estampava elementos que prezavam muito pela garantia dos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais. Por tal razão, era sabido, à época, que não se admitiria qualquer arbitrariedade, ainda mais por parte do Estado, com relação aos direitos dos cidadãos.

Assim, aos poucos e sem a possibilidade de regressão, o espírito constitucional foi penetrando em nossas vidas, fazendo com que, progressivamente, tivéssemos na Carta Magna não apenas um instrumento de apoio, mas a garantia

---

<sup>25</sup> Não pretendemos radicalizar nem tentar sugerir a ideia de que o CPC de 1974 servia somente ao “mal”. Não é isso. O que gostaríamos de fazer é chamar a atenção para o fato de que o nosso sistema processual, em várias oportunidades e de forma indiscriminada, é interpretado de forma equivocada e não atende à finalidade para o qual foi criado, ou seja, a prestação jurisdicional.

de que o sistema funcionaria de forma mais adequada e, o que é mais importante, sem as indesejáveis surpresas do regime ditatorial militar.

As diretrizes constitucionais repercutiram rapidamente em direção ao nosso Código de Processo Civil, influenciando-o com suas premissas e princípios. Além disso, vale lembrar, a Constituição de 1988 definiu com clareza quais seriam as atribuições da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça (STF), consagrando os tribunais superiores como defensores maiores das leis ordinárias e da própria Carta Constitucional.

O legislador constituinte nos brindou, também, com alguns direitos fundamentais que, embora conceitualmente “abertos”, trouxeram maiores garantias ao nosso ordenamento. Como exemplo, podemos citar o inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna, *in verbis*: “Art 5º. [...] LIV: Ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”.

Foi com o devido processo legal que a sociedade passou a se resguardar dos males advindos do autoritarismo e das arbitrariedades muitas vezes cometidas, até mesmo pelo Poder Judiciário. Com o devido processo legal e, especialmente, com a criação de tribunais superiores legitimados constitucionalmente, impedia-se a prática desordenada de abusos processuais e estatais.<sup>26</sup>

Não é demais registrar que a Constituição Federal não foi destinada tão somente aos jurisdicionados, mas especialmente às instituições que compõem o Poder Público. São estas instituições que, até mesmo pela sua força e vigilância, devem estar atentas ao regramento constitucional imposto.

Norberto Bobbio<sup>27</sup> faz essa ressalva, com precisão, ao afirmar que os órgãos jurídicos devem estar atentos às normas impostas, especialmente para que possam executar a sua tarefa de coerção e vigilância. Para a devida manutenção da ordem social, é preciso que as entidades estatais conheçam profundamente o ordenamento jurídico e, especialmente, o respeitem. Somente com o respeito às

---

<sup>26</sup> Na época da ditadura militar, o Estado, muitas vezes, utilizando-se do argumento de que deveria zelar pelo desenvolvimento do País, se apossou de inúmeras propriedades privadas, sem utilizar o devido processo legal. As propriedades eram tomadas à força pelo exército e utilizadas para a construção de grandes empresas estatais. Ocorria a desapropriação, mas sem a justa indenização. Com a criação de um Estado Democrático de Direito e a fixação de garantias fundamentais, estancou-se a maior parte das arbitrariedades cometidas.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008. p. 121.

normas pelo Estado (e seus agentes) é que os cidadãos compactuarão com as regras impostas.

Sobre o mesmo tema, completa o doutrinador:

O problema dos destinatários, não digo que nasceu, mas certamente se tornou agudo quando um jurista da autoridade de Ihering, em polêmica com o que havia afirmado Binding poucos anos antes, sustenta que os destinatários das normas jurídicas não são os cidadãos, mas os órgãos jurídicos encarregados de exercitar o poder coativo. Ihering partia de uma rígida doutrina estatualista e coacionista do direito, com base na qual definia o direito como ‘o complexo das normas coativas válidas em um Estado’. Disso, concluía que as normas jurídicas propriamente ditas, isto é, as que constituíam um ordenamento normativo fundado na coação, eram aquelas dirigidas aos órgãos judiciários, e em geral a todos os órgãos do Estado encarregados de fazer valer a força, cuja atuação é o único elemento que distingue um ordenamento jurídico de um não jurídico.<sup>28</sup>

Há, portanto, uma sintonia fina entre a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, muito embora aquela tenha sido promulgada apenas no ano de 1988. Ao que parece, o próprio legislador constituinte se cercou da cautela necessária para impedir que a Carta Magna pudesse, de alguma forma, conflitar com a norma processual.

Por outro lado, não menos cautelosa foi a tarefa dos responsáveis pela construção do Código de Processo Civil de 1973, pois certamente não há nenhum dispositivo ali posto que vá de encontro com o que a nossa sociedade entende por “direitos fundamentais”<sup>29</sup>. Ao contrário, percebemos que, apesar do momento ditatorial a que o Brasil estava submetido, nos anos 1970, houve grande preocupação em estabelecer um sistema processual que pudesse ser mais efetivo, em longo prazo.

Esse novo sistema processual, à época, foi considerado um importante instrumento colocado à disposição do Estado para o fortalecimento da sua estrutura e, com a vigência da Constituição Federal, em 1988, passou a ser interpretado de

---

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**, p. 121.

<sup>29</sup> “Se entendera por efectividad de los derechos fundamentales los mecanismos de realización jurisdiccional de estos derechos. Em cuanto a la identidad de los derechos fundamentales, no solo cabe hablar de um <<contenido esencial>> de los derechos fundamentales em su conjunto. Sin tutela judicial no hay Derecho ni, em consecuencia, derecho fundamental.” BLANCO, Vicos Robero Obando. **Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Ara Editores, 2011. p. 40.

acordo com as diretrizes constitucionais e em prol da manutenção das garantias fundamentais.

Cássio Scarpinella Bueno<sup>30</sup> reforça a assertiva:

A 'constitucionalização' do direito processual civil não se esgota, contudo, apenas na sua compreensão como método de atuação do próprio Estado. É inegável que o pensamento jurídico considerado como um todo atravessa uma sensível alteração de pólo metodológico com a que vem sendo chamada de 'abertura' da norma jurídica. De um ordenamento jurídico claramente 'hermético', em que a 'lei' deixava pouco ou nenhum espaço para ser preenchida pelo seu intérprete e aplicador, passou-se, gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito criem a melhor solução para cada caso concreto. E não só: alteração de pólo metodológico que elege, conscientemente, não a lei como referencial normativo basilar e bastante, mas a Constituição e toda a dogmática relativa aos direitos fundamentais.

Dessa forma, retomando as ideias postas no início deste capítulo, podemos dizer que o sistema processual de 1973, em rigor, adaptou-se à nossa Constituição com facilidade e fez com que passássemos a interpretar e a utilizar a lei processual com maior responsabilidade, e sempre com foco no que se espera de um processo, que é dar o direito a quem o tem, de forma rápida e menos custosa possível.

Não obstante, em algumas situações pontuais ainda vemos demonstrações indesejadas e tentativas articuladas de utilização da disciplina do CPC, não como um eficaz instrumento para a prestação jurisdicional, mas sim como estratégia para se evitar justamente ela – a prestação jurisdicional. Felizmente, os tribunais superiores vêm trabalhando arduamente para coibir as práticas inaceitáveis, dando ao ordenamento processual interpretação conforme a Constituição da República.

Há, todavia, outros fatores que nos dias de hoje impedem que tenhamos a eficiência processual sonhada. A nossa sociedade mudou e o nosso sistema processual, por mais aderência ao texto constitucional que tenha, envelheceu. As

---

<sup>30</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/textos.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

ideias postas pelos criadores do Código de 1973, consideradas inovadoras à época, já não se portam como gostaríamos e, especialmente, como precisamos.

Mudanças, portanto, são inevitáveis e traduzem uma natural realidade em qualquer sociedade que evolui constantemente. De todo modo, enquanto a nossa legislação não se adaptar formalmente aos preceitos modernos é necessário o estabelecimento de algumas diretrizes básicas de interpretação da legislação em vigor que, embora “velha”, foi constituída com objetivos bem definidos.

### 1.3 METODOLOGIA DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL, SEGUNDO AS PREMISSAS NORTEADORAS DE SUA CRIAÇÃO. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA APLICAÇÃO DA LEI

Para que possamos delinear uma abordagem mais ampla com relação às garantias fundamentais do processo civil, torna-se necessário fazer uma breve digressão acerca de alguns elementos que antecedem e inspiram a criação das leis processuais.

É sabido que, no momento da criação de uma determinada norma jurídica, o legislador lança mão de algumas premissas capazes de direcionar a formatação da lei. Premissas essas, que, de certa forma, traduzem o espírito do próprio legislador e, conseqüentemente, da legislação a ser criada. Trata-se, em verdade, de um ponto de partida para que a nova legislação contenha exatamente os elementos necessários ao atendimento da sua finalidade.

Bem por isso, ao elaborar a norma, o legislador precisa valer-se de uma técnica legislativa apurada, para que o trabalho saia exatamente como planeja e, especialmente, produza os resultados esperados. De nada adianta, por exemplo, que uma determinada lei seja elaborada sem a devida incorporação dos elementos conceituais que a impulsionaram.

Nesse sentido, podemos dizer que, entre todos os elementos que compõem a norma jurídica, os princípios hão de ser considerados a sua “identidade genética”, o que justifica o fato de o nosso ordenamento jurídico comportar uma série de estudos dedicados aos princípios jurídicos, pois são deles a principal função

de conduzir o legislador na sua árdua tarefa de materializar, em leis, os anseios da sociedade.

Ruy Samuel Espíndola<sup>31</sup> traduz bem a questão:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos. Antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um processo de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécie animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de resguardar um caso.

Além de viabilizar e inspirar a criação de novas leis, os princípios<sup>32</sup> servem também de referência para a interpretação das normas. Dessa forma, uma vez criada determinada lei e, diante de dúvidas sobre como aplicá-la adequadamente, é importante resgatarmos os princípios que nortearam a sua constituição, pois certamente essa avaliação estrutural nos dará uma melhor diretriz sobre como interpretar e enfrentar o problema.

Outro importante benefício trazido pelos princípios jurídicos, é que eles possuem uma composição aberta de interpretação e, na maioria das vezes, podem

---

<sup>31</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 57.

<sup>32</sup> "Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo critério do modo final de aplicação, pois, para eles, as regras são aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios, de modo gradual mais ou menos. Dworkin afirma que as regras são aplicadas de modo tudo ou nada (*all-or-nothing*) no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. [...] Alexy, apesar de atribuir importância à criação de exceções e de salientar o seu distinto caráter *prima facie*, define as regras como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas. Segundo o Autor, as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes." (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44).

facilmente se adequar à realidade da sociedade. Os princípios<sup>33</sup>, assim, não envelhecem rapidamente e, quase sempre, podem moldar-se a qualquer cenário em que haja a presença do jurisdicionado, ávido para ver o seu conflito solucionado.

Quando nos referimos, por exemplo, a princípio da “duração razoável do processo”, sabemos que a composição material deste princípio será variável de acordo com o momento vivido e, especialmente, com as circunstâncias de tramitação do processo.

Há alguns anos, quando o Poder Judiciário era mais carente de tecnologia e não havia muitos elementos facilitadores de acesso à justiça, tinha-se uma concepção mais conservadora com relação ao princípio da duração razoável do processo. Hoje, com o processo eletrônico e as ferramentas que estão sendo postas à disposição das partes e do próprio Poder Judiciário, o que se espera é que os processos sejam apreciados e decididos de forma cada vez mais rápida. Assim, o que é “razoável” hoje, não era “razoável” ontem e não o será amanhã. De todo modo, o conceito aberto – “razoabilidade” – continuará influenciando a interpretação da norma.

Ainda, sobre a “duração razoável”, vale lembrar que, no Brasil, este conceito varia também de acordo com a localidade de tramitação do processo. Assim, tendo em vista as grandes dimensões do país e as diversas realidades sociais e econômicas dos estados da federação, não se pode conceber um mesmo critério de razoabilidade para todos os estados. O que é “razoável” em termos de duração de um processo no Rio de Janeiro, certamente, não será no Estado do Amazonas, por exemplo.

A possibilidade de interpretação dos princípios, de acordo com a realidade política, econômica e social de cada momento e, especialmente, de acordo com os casos concretos, permite a manutenção da eficácia da legislação no decorrer do tempo. Nesse sentido, os sistemas jurídicos abertos são um grande aliado para a criação de uma ordem jurídica sustentável.

---

<sup>33</sup> A expressão princípio é bastante vaga e, por isso, suscetível de vários sentidos. Todos, entretanto, possuem uma intersecção, pois haverá sempre a ideia de um ponto de partida. A expressão traz, por outro lado, a noção de algo principal, ou seja, de maior relevância, maior importância. (LOTUFO, Renan. A Constituição e os princípios – Conceito. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 263).

José Ricardo Cunha<sup>34</sup>, a respeito, anota:

[...] há em comum na quase totalidade dos autores que postulam por um sistema jurídico aberto uma preocupação especial com a categoria dos princípios ou princípios gerais do direito. No plano da teoria geral do direito, Canaris afirma que, para que as valorações jurídicas sejam adequadas de maneira razoável, devem haver elementos que funcionem no sistema como condutores de sentido e aglutinadores da multiplicidade de valores singulares presentes ao interior do próprio sistema. São esses elementos que concretizam a unidade do sistema, na medida em que reconduzem a multiplicidade do singular a alguns princípios fundamentais que expressam valores fundantes da idéia de direito.

Devido à sua complexidade, o nosso sistema jurídico é composto por diversos princípios jurídicos interligados, sendo certo que a base principiológica deste mesmo ordenamento acompanha o cenário de pluralidade existente. Assim, dentro desse mesmo ordenamento, temos dezenas de princípios jurídicos, cada um deles se ocupando de problemas e de questões específicos da sociedade. Há, nesse sentido, um esforço importante de coexistência entre os vários princípios, o que muito enriquece o nosso sistema.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>35</sup>, ao comparar os princípios às regras jurídicas, certamente conclui: “Princípios coexistem, as regras antinômicas, excluem-se”.

Por outro lado, quando dois princípios colidem em um mesmo caso concreto, a solução do conflito tem de ser encontrada, levando-se em conta a valoração e o peso de cada um deles. Se houver um conflito direto, deverá sempre prevalecer o princípio mais valoroso para o sistema jurídico.

A implementação de um novo modelo constitucional no Brasil (1988) trouxe uma nova diretriz para a tarefa de interpretação das normas processuais. Assim, o nosso sistema processual civil possui uma nítida preocupação em assimilar os princípios e as regras constitucionais oferecidos pela atual Carta Magna. O que se pretende é possibilitar a necessária sinergia que deve existir entre os sistemas

---

<sup>34</sup> CUNHA, José Ricardo. **Sistema aberto e princípios na ordem jurídica e na metódica constitucional**. Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 32.

<sup>35</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 1.035.

constitucional e processual, a fim de fortalecer o nosso Estado Democrático de Direito e possibilitar uma gama de benefícios aos cidadãos.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso<sup>36</sup> afirma que “aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis à determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do texto constitucional”.

Essa não é, todavia, uma preocupação exclusiva dos brasileiros. Trata-se de uma característica marcante dos regimes democráticos: a busca incansável da efetividade do processo e, especialmente, da facilitação dos mecanismos de acesso à justiça.

Assim, para que tenhamos um ambiente capaz de viabilizar a outorga rápida, justa e adequada da prestação jurisdicional, torna-se imperiosa a necessidade de traçarmos uma diretriz inicial para a construção do modelo almejado: um ponto de partida que tenha como premissas todas as preocupações que se pretende superar.

Galdino Luiz Ramos Junior<sup>37</sup>, ao tratar sobre o alto grau de abstração e sobre a importância dos princípios jurídicos, conclui que:

[...] à medida que os princípios gozam de uma amplitude abstrata, comprometida com a razão de ser do Direito, estimulam no legislador ordinário a elaboração de diplomas legais que atentem ao conteúdo principiológico motivador do Estado, de suas instituições e de suas finalidades, qual seja, o bem comum. Do ponto de vista processual, a otimização dos princípios dar-se-ia pela aplicação direta dos mesmos aos casos concretos, em um esforço hermenêutico do juiz, o qual, deparando-se com um valor violado, ou a ser protegido na lide, utilizaria o princípio garantidor correspondente, sentenciando o feito. A função da atividade jurisdicional teria, portanto, o importante papel de otimizar os princípios.

Como marco inicial da construção do modelo processual brasileiro, devemos estudar exaustivamente o nosso modelo constitucional e os princípios ali inseridos. Por outro lado, podemos dizer que a eficácia dos direitos constitucionais depende da garantia de tutela efetiva, sem a qual o cidadão não poderá resguardar nem garantir a defesa dos seus direitos assegurados materialmente pela lei maior.

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 148.

<sup>37</sup> RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 7.

Bem a propósito, Cássio Scarpinella Bueno<sup>38</sup>, reforça:

Estudar o direito processual civil na e da Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo passivo, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos.

Como há nítida relação entre o direito constitucional e o processo civil, o autor lembra ainda que, diante do nosso modelo constitucional, todos os temas fundamentais de direito processual somente podem ser construídos a partir da Constituição Federal. De nada adianta um sistema processual bem ordenado e devidamente organizado, se ele não atinge os objetivos traçados pelo próprio ordenamento constitucional, ao qual está vinculado.<sup>39</sup>

São os princípios constitucionais, portanto, que devem servir de impulso inicial para a constituição de qualquer norma processual. Mais do que isso, para o regular desenvolvimento das atividades do Poder Judiciário, torna-se imperiosa a necessidade de se impor respeito aos principais princípios norteadores do direito processual, o que usualmente chamamos de “direitos fundamentais” do processo.

Em rigor, são os direitos fundamentais do processo que nos permitem ter a certeza de que o processo civil é uma das principais ferramentas destinadas à manutenção e ao desenvolvimento do nosso Estado Democrático de Direito. Como instrumento de propagação da justiça, o processo civil deve ter, em sua essência, algumas diretrizes intransponíveis, que constituem o próprio núcleo da sua existência. E o núcleo do processo civil, por óbvio, é o compromisso da defesa dos direitos e garantias fundamentais, assegurados constitucionalmente, direitos estes, em sua maior parte, materializados em princípios gerais.

---

<sup>38</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil. Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 161. Jul. 2008. p. 261.

<sup>39</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil. Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações, p. 261.

Dessa ilação, surge a seguinte questão: afinal, qual a importância dos princípios jurídicos para o modelo de processo participativo que pretendemos demonstrar?

A atividade jurisdicional moderna exige uma atuação cada vez mais completa dos magistrados na aplicação das normas aos casos concretos. Nesse sentido, não são raras as vezes em que, diante de uma determinada questão jurídica apresentada, brotem dúvidas legítimas sobre como aplicar determinada norma processual ou sobre como propriamente decidir.

É exatamente nesse “limbo” que o magistrado da sociedade contemporânea, de forma participativa, deverá atuar. Além de não negligenciar, tampouco desobedecer as concepções clássicas de valoração das normas jurídicas, cabe ao julgador total observância às premissas que motivaram o espírito do legislador processual. Assim, a interpretação da lei deverá ser feita de acordo com a realidade fática encontrada, mas especialmente ancorada nos princípios que baseiam referido regramento.

Como exemplo do que pretendemos demonstrar, pode-se dizer que a Lei nº 9.099/1995, que instituiu os juizados especiais cíveis no Brasil, possui princípios básicos que deverão ser observados pelo julgador e pelas partes, sempre que houver eventual dúvida sobre como proceder no caso concreto. Diz o artigo 2º da mencionada lei que: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação”.

Muito embora o legislador tenha utilizado a palavra “critérios” ao invés de “princípios”, é indiscutível que, ao tratar sobre o tema, o artigo segundo da citada lei traçou, naquele dispositivo, as diretrizes básicas de interpretação e de aplicação de toda a lei (Lei nº 9.099/1995).

Dessa forma, vemos que a intenção do legislador não foi de apenas “florear” o conteúdo da norma, mas especialmente definir premissas importantes e estruturais de todo o ordenamento. Tanto é assim que ficaram definidos, no artigo segundo da Lei nº 9.099/1995, os seus princípios norteadores, que devem ser seguidos e observados.

Assim, quando o legislador menciona, por exemplo, que a “conciliação” deverá ser buscada sempre que possível, significa dizer que o magistrado, valendo-

se do preceito esculpido na norma (princípio da conciliação), não poderá desperdiçar as oportunidades que tiver para conciliar as partes. Mais do que isso, valendo-se do conceito participativo que pretendemos construir no presente trabalho, deverá o magistrado desenvolver mecanismos criativos que possam trazer às partes uma situação concreta de conciliação.

Outro aspecto importante da norma em comento é o prestígio que foi dado ao princípio da oralidade, quando estabelece que cabe às partes e especialmente ao magistrado, garantir que o princípio da oralidade seja observado, sempre que possível. Não se pode admitir, por exemplo, que diante da necessidade da prática de determinado ato processual, e na inexistência de qualquer elemento que efetivamente impeça a realização deste mesmo ato processual de forma oral, venha o magistrado exigir a sua prática pela via escrita.

Talvez a lei dos juizados especiais cíveis seja o maior exemplo a demonstrar esse tipo de situação, quando os princípios que nortearam a criação da norma ficaram praticamente esquecidos no tempo. Os juizados especiais cíveis, criados exatamente para facilitar e fomentar o acesso à justiça, estão tornando-se um ambiente pouco efetivo e sem qualquer relação com as bases principiológicas que inspiraram a sua criação.

Inobstante o exemplo acima, o que se vê, na prática, é a absoluta inexperiência e falta de método das partes, dos advogados e dos magistrados em avaliar a norma de acordo com os princípios que a inspiraram. Talvez, se todos nós utilizássemos essa simples metodologia, não haveria tantos problemas na aplicação da lei, não nos depararíamos com interpretações legais em sentido diametralmente oposto ao que fora sugerido pelo legislador. Ao interpretar a lei de acordo com os princípios que a inspiraram, estaríamos a impedir quase que totalmente o abuso indiscriminado de direitos processuais, por exemplo.

Os princípios jurídicos muitas vezes estão presentes no próprio corpo da legislação, mas, além da avaliação do seu conteúdo, há outras formas de identificarmos as bases ideológicas que foram utilizadas na constituição da norma.

Assim, sempre que estudarmos determinada legislação, é importante conhecer a exposição de motivos daquela norma, onde certamente estarão detalhados os reais objetivos que se espera atingir com a constituição do novo ordenamento. É com o estudo da exposição de motivos, por exemplo, que

poderemos identificar a real intenção do legislador ao construir o regramento legal e, desta forma, encontrarmos os elementos suficientes para garantir que a vontade do legislador seja aplicada aos casos concretos.

Portanto, não pode o juiz fugir da responsabilidade que lhe foi outorgada, que é interpretar a legislação conforme o caso concreto, sem perder o foco dos aspectos e premissas subjetivos, que nortearam a criação de determinada lei.

Quando estamos diante de um regime jurídico de *common law*<sup>40</sup>, torna-se indispensável um estudo apurado dos precedentes judiciais e da jurisprudência, sempre que for necessária a prolação de alguma decisão judicial. São os precedentes, portanto, a base de aplicação dessa modalidade de sistema. Como fonte, eles possuem e exercem importância similar a dos princípios jurídicos no regime de *civil law*.

Assim, ao nos depararmos com o regime jurídico de *civil law*<sup>41</sup>, adotado no Brasil, precisamos cultivar o hábito de estudar com cautela a legislação em vigor, exatamente para viabilizar a obtenção da fundamentação necessária e adequada à formatação da decisão judicial. Diante de dúvidas sobre como aplicar

---

<sup>40</sup> *Common law* (do inglês "direito comum") é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui, portanto, um sistema ou família do direito, diferente da família romano-germânica do direito, que enfatiza os atos legislativos. Nos sistemas de *common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes têm autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente. O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto ao direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução entre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis*). Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como "assunto de primeira impressão" (*matter of first impression*). Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros com base no princípio do *stare decisis*. Na prática, os sistemas de *common law* são consideravelmente mais complexos do que o funcionamento idealizado descrito acima. As decisões de um tribunal são vinculantes apenas numa jurisdição em particular e, mesmo dentro de uma certa jurisdição, alguns tribunais detêm mais poderes do que outros. Por exemplo, na maior parte das jurisdições, as decisões de um tribunal de recursos são obrigatórias para os juízes inferiores daquela jurisdição e para as futuras decisões do próprio tribunal de recursos, mas as decisões dos juízes inferiores são apenas "persuasivas", não vinculantes. Ademais, a interação entre o *common law*, o direito constitucional, o direito legislado e os regulamentos administrativos causam considerável complexidade. Todavia, o *stare decisis*, o princípio de que os casos semelhantes devem ser decididos conforme as mesmas regras, está no cerne de todos os sistemas de *common law*. Os sistemas de *common law* foram adotados por diversos países do mundo, especialmente aqueles que herdaram da Inglaterra o seu sistema jurídico, como o Reino Unido, a maior parte dos Estados Unidos e do Canadá e as ex-colônias do Império Britânico. (WIKIPEDIA. **Common law**. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://pt.wikipedia.org/wiki/Common_law)>. Acesso em: 21 nov. 2011).

<sup>41</sup> Regime jurídico adotado no Brasil, no qual a lei é posta como principal fonte de consulta para a solução dos litígios.

adequadamente a lei e, ao avaliarmos os componentes principiológicos do alicerce da nossa legislação, encontraremos, com clareza, qual o caminho a seguir.

Essas considerações são importantes, pois, para a formação de um processo civil moderno e efetivo, que esteja de acordo com as necessidades do jurisdicionado brasileiro, devem estar presentes algumas premissas iniciais de constituição da norma processual, o que viabilizará o desenvolvimento de um sistema forte, com bases sólidas e em sintonia com os anseios da sociedade.

O Código de 1973, por exemplo, foi desenvolvido de acordo com alguns preceitos e objetivos principais da época. Muito bem, mas, afinal, o que esperamos do futuro? Os princípios motivadores do CPC de 1973 são os mesmos que nos inspiram atualmente? Para esses questionamentos, tentaremos construir algumas respostas.

#### 1.4 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A BUSCA DO PROCESSO JUSTO. O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL

Como é cediço, aprendemos que muitas vezes o que decorre da lei não é propriamente “justo”, mas é necessário que seja respeitado. O nosso sistema “legal” passou a ser quase que sinônimo de justiça. Se algo está previsto na lei, fazemos valer a lei e, naturalmente, teremos justiça.

O valor “justiça” está arraigado no nosso sistema legal como o seu mais importante pilar de sustentação<sup>42</sup> para a manutenção da ordem, mas a criação de um modelo mais eficiente não depende somente da existência das leis. Por ser um conceito vago e indeterminado, a concepção de justiça poderá variar de acordo com as características de cada sociedade e, especialmente, de acordo com as reais circunstâncias do caso concreto.

Vários outros aspectos influenciam e se inclinam no sentido do enriquecimento do nosso modelo jurisdicional, mas percebemos que um deles é de fundamental importância para a obtenção do resultado final: a justiça.

---

<sup>42</sup> Principalmente no Brasil, onde vigora o regime jurídico da *civil law*.

Pois bem. É preciso que os destinatários das nossas leis (sociedade em geral) e aqueles que, coercitivamente, exigem a sua aplicação (magistrados) atuem de forma participativa e colaborativa dentro das funções que lhes são atribuídas. Uma lei fria, apenas no aspecto formal, não produzirá efeito algum se não houver obediência aos seus termos nem criatividade e proatividade na sua aplicação.

Se, por um lado, a existência de um modelo participativo é requisito fundamental para o Estado Democrático de Direito, por outro, não menos importante, é necessária a definição dos elementos jurídicos estruturais desse sistema, que denominamos “garantias fundamentais do processo”.

As garantias fundamentais do processo somente serão efetivas se estiverem diante de um modelo participativo e o modelo participativo somente terá sentido se possuir, como estrutura base, garantias fundamentais. E estas – as garantias fundamentais – decorrem, em sua maioria, da Constituição Federal.

O Estado Democrático de Direito, que se manifesta no texto constitucional é fruto do sistema democrático e dele depende para subsistir. É lógico que a Constituição de 1988 não foi constituída apenas com base no princípio da democracia, mas este princípio, certamente, foi o que mais impulsionou e inspirou o legislador na redação do texto constitucional.

Do mesmo modo que os princípios, que influenciaram e estabeleceram as bases sólidas da Constituição Federal, no nosso ordenamento processual civil também há postulados e diretrizes que constituem o verdadeiro alicerce de todo o sistema.

Sobre os princípios do processo civil na Constituição Federal, importante mencionar o trabalho de Nelson Nery Junior<sup>43</sup>, no qual, com muita assertividade, são traçadas breves linhas sobre as derivações do princípio do devido processo legal. A obra, construída em três capítulos principais, apresenta um panorama completo sobre a diretriz processual que deve ser seguida, de acordo com o que é posto no mandamento constitucional<sup>44</sup>. Nas palavras do doutrinador:

---

<sup>43</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>44</sup> Em sua obra, Nelson Nery Junior trata dos seguintes princípios jurídicos: 1) princípio da isonomia; 2) princípio do juiz e do promotor natural, 3) princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação); 4) princípio do contraditório; princípio da proibição da prova ilícita; 6) princípio da publicidade dos atos processuais; 7) princípio do duplo grau de jurisdição; 8) princípio da motivação das decisões judiciais.

O direito processual civil, ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem, também, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para a sua aplicação se encontram na própria Constituição. Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim regular da denominada jurisdição constitucional.<sup>45</sup>

São esses princípios e garantias fundamentais que procuraremos identificar neste capítulo. Mais do que isso, a intenção é poder demonstrar não somente os elementos constitutivos da nossa norma processual atual, mas, especialmente, os preceitos e garantias que devem necessariamente influenciar, de forma positiva, o desenvolvimento de um modelo processual moderno e participativo.

De todo modo, é nosso dever alertar, que não pretendemos fazer um estudo aprofundado sobre as origens e as derivações das garantias fundamentais, o que certamente tiraria de foco o tema principal que se quer abordar.

Dessa feita, apenas mencionaremos, em breves linhas, as principais garantias do processo civil, uma vez que elas são elementos de crucial importância para a constituição do “processo participativo”, enquanto modelo processual conforme o Estado Democrático de Direito que impera nos Estados democráticos da contemporaneidade.

Como **primeira** garantia fundamental do processo civil moderno, seria necessário o desenvolvimento de um sistema em total sinergia com a Constituição Federal. O direito constitucional, portanto, deve ser utilizado como fonte inspiradora das normas de conteúdo processual e, além de ser utilizado como “fonte”, para a constituição dos dispositivos legais, não poderá haver nenhuma zona de divergência entre os preceitos constitucionais e a norma processual, sob pena de total ineficácia do regramento.

---

<sup>45</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 20-21.

A necessidade de se criar um modelo processual com base na norma constitucional, fica ainda mais evidente no Brasil, tendo em vista que a atual Carta Magna foi promulgada década e meia após a vigência do atual CPC. Esse é o conceito de “Processo Civil Constitucional”, ou seja, um processo civil que tenha em sua base de formação as diretrizes e princípios constitucionais. A criação de um processo civil como “espelho” da Constituição, por si só, é uma garantia constitucional.

A **segunda** garantia fundamental do processo decorre dos meios de facilitação de acesso à justiça. Nesse sentido, inspiradora é a obra de Mauro Cappelletti<sup>46</sup>, na qual o autor sugere a existência de três “ondas renovatórias”. A primeira onda é focada na assistência judiciária aos pobres. A segunda abrange a representação dos interesses difusos. A terceira onda centra sua atenção no conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e até mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

A **terceira** garantia e, talvez a mais importante delas, é o respeito ao devido processo legal. É, em rigor, do **princípio do devido processo legal** que decorrem outras garantias fundamentais do processo<sup>47</sup>, como as garantias constitucionais enumeradas a seguir: (i) princípio da isonomia; decorre do artigo 5º, *caput* e inciso I, cujas disciplinas estabelecem que todos são iguais perante a lei; (ii) princípio do juiz e do promotor natural; previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, que respectivamente assim dispõem: “não haverá júízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; (iii) princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação); de origem fundamentalmente constitucional, atualmente esculpido no artigo 5º, XXXV<sup>48</sup>. Ao determinar a competência plena do Poder Judiciário para a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito, mantém-se resguardada, dentro do contexto

---

<sup>46</sup> Apud FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à justiça**. Da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 77.

<sup>47</sup> Essa classificação, adotada inicialmente por Nelson Nery Junior, demonstra coerência. Esclarece o professor, em sua obra, que: “A amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil. Nada obstante, é importante fixarem-se os critérios de incidência do princípio em suas variadas manifestações, notadamente no que respeita aos limites dessa incidência, de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o Estado de direito nem atende ao interesse público.” (**Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p.27).

<sup>48</sup> CRFB: “Art 5º [...] XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito.”

democrático, a Constituição Federal e o ordenamento jurídico; (iv) princípio do contraditório; previsto no artigo 5º, inciso LV, diz que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; (v) princípio da proibição da prova ilícita, conforme o artigo 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”; (vi) princípio da publicidade dos atos processuais; estipulado no artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX. De acordo com o primeiro dispositivo: “a lei somente poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. O segundo (artigo 93) estabelece que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”; (vii) princípio do duplo grau de jurisdição; decorre implicitamente da nossa Constituição Federal; (viii) princípio da motivação das decisões judiciais; está previsto no artigo 93, IX, e estabelece que as decisões devem ser motivadas, sob pena de nulidade. Vale dizer que esse princípio, além de decorrer do princípio do devido processo legal, traduz com precisão o espírito do legislador constitucional, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. Não se admite, portanto, a prolatação de decisões judiciais arbitrárias, sem a devida contextualização e necessária fundamentação legal.

Relativamente ao princípio do duplo grau de jurisdição, conforme lição de Nelson Nery Junior<sup>49</sup>:

O art. 158 da Constituição do Império de 1824 dispunha expressamente sobre a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, permitindo que a causa fosse apreciada, sempre que a parte o quisesse, pelo então Tribunal da relação (depois de Apelação e hoje de Justiça). Ali estava inscrita a regra da garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. As constituições que se lhe seguiram limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a exigência de recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição.

A **quarta** garantia está traduzida no **princípio dispositivo**, também conhecido e chamado de princípio da inércia ou princípio da demanda. Trata-se de pressuposto indispensável à manutenção saudável do Estado de direito, na medida em que veda a prestação jurisdicional sem que esta seja procedida por iniciativa da parte interessada. Nesse sentido, é vedado ao magistrado agir sem impulso oficial,

---

<sup>49</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 27.

de ofício, nas situações usuais e não previstas em lei. Como veremos adiante, o conceito do princípio dispositivo não deve ser considerado e aplicado para restringir os poderes instrutórios do juiz, uma vez que a prolatação de decisões judiciais corretas e bem fundamentadas é uma exigência que envolve, sobretudo, o interesse público.

Como **quinta** garantia fundamental e, uma das que atualmente mais está em evidência, devemos considerar o **princípio da razoável duração do processo**. Esse princípio, inclusive, abrange um contexto não somente voltado para a celeridade da outorga da prestação jurisdicional, mas também para a plena eficácia das medidas adotadas, caso a caso. Não basta ser rápido, é preciso que seja efetivo. Em breve síntese, espera-se que o processo civil seja constituído e evolua em consonância com os preceitos da dignidade da pessoa humana.

A **sexta** garantia fundamental do processo, que também constitui um ônus, é traduzida no **princípio da cooperação**. Trata-se, em verdade, de um princípio oriundo dos princípios da boa-fé e da lealdade processual, que permitem às partes envolvidas no processo toda colaboração necessária como o oferecimento de subsídios e iniciativas proativas com o fim de facilitar e tornar mais efetiva a outorga da prestação jurisdicional. Esse é, pois, um princípio moderno, que apóia e estimula uma maior participação das partes no curso do processo e também está em total sintonia com os preceitos esculpidos no Estado Democrático de Direito. O “princípio da cooperação” colabora de forma preponderante e atua em perfeita harmonia com o modelo de processo civil participativo defendido no presente trabalho.

Essas são, pois, as principais garantias fundamentais do processo civil brasileiro e, naturalmente, traduzem a essência do que chamamos de “processo justo”.

O “processo justo”, portanto, é o resultado de um processo civil participativo que, em todas as suas fases e momentos, desenvolve-se com foco nas garantias fundamentais (e constitucionais) do processo.

Ao falarmos sobre “processo justo”, não podemos deixar de mencionar elucidativo artigo do professor Leonardo Greco<sup>50</sup> a respeito do tema. Vejamos:

---

<sup>50</sup> GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: O Processo Justo. Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006. p. 138).

Como reveladoras do conteúdo das normas inscritas na nossa constituição, ainda que detalhadas em muitos aspectos em tratado internacionais ratificados, a eficácia das garantias penetra sobre o processo codificado, por força da supremacia das normas constitucionais, afastando quaisquer disposições com elas incompatíveis. Certamente o estudo dessa incidência vai suscitar muitas dúvidas e provocará grandes vazios legislativos, especialmente quando entrarem em conflito umas com as outras.

No entendimento do professor, com o qual concordamos, há íntima relação entre as garantias fundamentais e a Constituição Federal. Em seu trabalho, procurou dividir a estrutura do texto em “I GARANTIAS INDIVIDUAIS<sup>51</sup>”, II - GARANTIAS ESTRUTURAIS<sup>52</sup> e III - GARANTIAS DO PROCESSO PENAL.

No que tange às garantias do processo civil, na linha de entendimento de Leonardo Greco:

O processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se em absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.

As garantias fundamentais do processo, consoante o que procuramos demonstrar no presente capítulo, muitas vezes estão relacionadas com normas específicas e inafastáveis, quando se tem em mente a sustentabilidade do sistema, ou seja, normas que, não raro, são materializadas com base em princípios constitucionais de grande relevância e indispensáveis à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Assim, o processo civil moderno, cujo curso natural é consubstanciado na indispensável cooperação das partes e do magistrado, tem como base de sustentação as garantias fundamentais, o que nos permite evoluir progressivamente em busca de outros mecanismos para uma melhor e mais rápida efetivação das decisões judiciais.

---

<sup>51</sup> As garantias individuais seriam: 1) acesso amplo à justiça por todos os cidadãos; 2) imparcialidade do juiz; 3) ampla defesa; 4) direitos do pobre; 5) juiz natural; 6) inércia; 7) contraditório; 8) oralidade; 9) coisa julgada; 10) renúncia à tutela jurisdicional.

<sup>52</sup> As garantias estruturais seriam: 1) impessoalidade da jurisdição; 2) Permanência da Jurisdição; 3) Independência dos juízes; 4) motivação das decisões; 5) igualdade concreta; 6) inexistência de obstáculos ilegítimos; 7) efetividade qualitativa; 8) procedimento legal, flexível e previsível; 9) publicidade; 10) legalidade estrita no exercício do poder de coerção.

A aproximação da ciência processual com a ciência constitucional é fruto de uma tendência mundial, especialmente dos regimes democráticos.

Na visão de Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>53</sup>:

[...] no futuro, poderia, convencionalmente, chegar a ser aceito o reconhecimento de uma 'justiça constitucional' como sendo a chave constitucionalista, isto é, o enfoque do estudo da constituição dogmática tem sido estudado, principalmente, a partir da consolidação dos tribunais constitucionais europeus após a Segunda Guerra Mundial. E, também, a existência do 'direito processual constitucional' como disciplina autônoma processual (com ascendência constitucional em maior ou menor grau), tendo seu próprio objetivo e perspectiva. O que é importante – e às vezes um tanto complicado – será delimitar as 'jurisdições limite' das 'jurisdições divididas' dentro do direito processual constitucional com relação à justiça constitucional e vice-versa [Tradução nossa].

Assim, podemos concluir que o objeto principal do direito processual constitucional, ao menos no Brasil, comporta as garantias fundamentais do processo. As garantias fundamentais formam a base de sustentação do processo civil moderno, um sinal de pleno respeito às diretrizes constitucionais.

---

<sup>53</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Hector FIX-ZAMUDIO y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). In: \_\_\_\_\_; LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de. (Coords.). **Constitución, derecho e proceso. Estudios em homenaje a Héctor Fix-Zamudio, em sus cincuenta anos como investigador del derecho**. Lima: Indemsa, Lima, 2009. p. 294. No original: “[...] *em el futuro pudiera convencionalmente llegar a aceptarse el reconocimiento de una ‘justicia constitucional’ em clave constitucionalista, es decir, como enfoque de estudio de la dogmática constitucional, como se há venido estudiando especialmente a partir de la consolidación de los tribunales constitucionales europeos después de la segunda posguerra. Y también la existencia de um ‘derecho procesal constitucional’ como disciplina autónoma procesal (com ascendência constitucional, em mayor o menos medida) que tenga su próprio objeto y perspectiva. Lo importante – y ala vez complicado – será deslindear lãs ‘zonas limites’ o ‘zonas compartidas’ del derecho procesal constitucional com respecto a la justicia constitucional y vice-versa.*”

## 1.5 O CENÁRIO SOCIOPOLÍTICO ATUAL DO BRASIL. AS TENTATIVAS DE MODERNIZAÇÃO E DE ADEQUAÇÃO DO NOSSO ORDENAMENTO PROCESSUAL ÀS DIRETRIZES NORTEADORAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme mencionamos linhas atrás, o Código de Processo Civil de 1973 foi constituído em um momento político de grande influência do regime ditatorial militar e, por tal razão, carente, em sua estrutura, de indicadores que pudessem fomentar a manutenção plena de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, mesmo que o Código de Processo Civil estivesse em total sintonia com a Carta Magna, é fato que o cenário sociopolítico encontrado pelo legislador constituinte em 1988 é totalmente diverso do atual momento vivido, em 2012, o que nos remete à necessidade de reflexão sobre eventuais alterações no nosso sistema processual.

Importante esclarecer que a adequação do sistema jurídico nacional às diretrizes norteadoras do Estado Democrático de Direito não é tarefa que deva apenas ser dedicada ao ramo do processo civil, mas também a todos os ramos do direito e à própria sociedade. De todo modo, para que saibamos exatamente o que deve ser feito e definir onde queremos e devemos chegar, uma análise mais profunda dos nossos problemas e questões torna-se indispensável.

De fato, ainda não há uma preocupação importante com o estudo dos dados estatísticos do nosso sistema jurídico, o que dificulta em muito a identificação dos maiores “gargalos” do *modus operandi* do Poder Judiciário. A análise estatística dos nossos principais problemas é, sem dúvida, uma tarefa de suma importância para a definição da estratégia a ser adotada para o gerenciamento do modelo de gerenciamento do Judiciário brasileiro. Afinal, o que não é medido, não pode ser gerenciado.

É inegável, porém, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deve ser o órgão mais indicado a cuidar desse assunto, na medida em que procura, com

frequência, avaliar os resultados do Poder Judiciário e, especialmente, definir metas<sup>54</sup> para o futuro, tal como é feito anualmente.

Em encontro realizado pelo CNJ, no final do ano de 2011, por exemplo, além das propostas nacionais, também foram escolhidas as seguintes metas que devem ser alcançadas por cada segmento de Judiciário brasileiro (Federal, Eleitoral, Militar e do Trabalho): Meta 6 – Implantar sistema de videoconferência em pelo menos uma unidade judiciária, para oitiva de testemunhas, em cooperação com outros segmentos de justiça. Meta 7 – Implantar projeto-piloto do processo judicial eletrônico, em pelo menos uma unidade judiciária. Meta 8 – Implantar o processo eletrônico, em pelo menos cinco rotinas administrativas. Meta 9 - Implantar sistema de registro audiovisual de audiências em 100% das unidades judiciárias de 1º Grau. Meta 10 – Designar 10% a mais de audiências de conciliação do que as designadas no ano anterior (2011). Meta 11 – Implantar gestão por processos de trabalho (gerenciamento de rotinas) em 50% das turmas recursais. Meta 12 – Realizar pesquisa sobre a qualidade da prestação dos serviços e satisfação do cidadão nos tribunais eleitorais. Meta 13 – Implantar pelo menos uma iniciativa de promoção da cidadania voltada para jovens. Meta 14 – Estabelecer o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), em pelo menos 60% das unidades judiciárias e administrativas. Meta 15 – Capacitar, com carga horária mínima de vinte horas, 20% dos magistrados e 20% dos servidores na utilização do Processo Judicial Eletrônico (PJe) e em gestão estratégica. Meta 16 - Implantar o Processo Judicial Eletrônico (PJe), em pelo menos 10% das Varas de Trabalho de cada tribunal. Meta 17 – Aumentar em 10% o quantitativo de execuções encerradas em relação a 2011. Meta 18 – Executar, até setembro de 2012, pelo menos 60% do orçamento anual

---

<sup>54</sup> Os presidentes ou representantes dos tribunais do país, reunidos em Porto Alegre-RS, nos dias 17 e 18 de novembro, durante o V Encontro Nacional do Judiciário, definiram as seguintes metas para o Judiciário brasileiro alcançar em neste ano: Meta 1 - Julgar mais processos de conhecimento do que os distribuídos em 2012. Meta 2 - Julgar, até 31/12/2012, pelo menos, 80% dos processos distribuídos em 2007, no STJ; 70%, em 2009, na Justiça Militar da União; 50%, em 2007, na Justiça Federal; 50%, de 2007 a 2009, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2008, na Justiça do Trabalho; 90%, de 2008 a 2009, na Justiça Eleitoral; 90%, de 2008 a 2010, na Justiça Militar dos Estados; e 90% em 2007, nas Turmas Recursais Estaduais, e no 2º Grau da Justiça Estadual. Meta 3 - Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (Internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões dos processos, respeitando o segredo de justiça. Meta 4 - Constituir Núcleo de Cooperação Judiciária e instituir a figura do juiz de cooperação. Meta 5 - Implantar sistema eletrônico para consulta à tabela de custas e emissão de guia de recolhimento. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas 2012**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/metas-2012>>. Acesso em: 8 mar. 2012.

disponível, excluídas as despesas de pessoal. Meta 19 – Desenvolver normas e políticas de gestão documental para a Justiça Militar da União.<sup>55</sup>

Politicamente, sabemos que a sociedade atual preza por uma atuação mais participativa na tomada de decisões, não somente delegando poderes aos políticos eleitos. Em regime de colaboração, há um grande poder de fiscalização, pelo povo, das atividades políticas e também uma permanente cobrança de resultados de quem é eleito democraticamente.

O Estado, que culturalmente centralizava a tomada de decisões e atuava, quase exclusivamente, em prol dos interesses (educação, saúde, segurança etc.) da sociedade, hoje, vem sendo acompanhado de perto por entidades não governamentais civis e, não raro, exigindo que a sua atuação tenha a efetividade e a transparência necessárias à manutenção da ordem.

As organizações não governamentais desempenham atividades fundamentais para o desenvolvimento das nossas políticas sociais, para o controle de determinados setores da sociedade (economia, política, educação etc.).

Constatamos um progressivo crescimento do poder de execução e de fiscalização das sociedades civis, o que denota uma atuação mais participativa do povo nos problemas enfrentados pela sociedade. A corrupção, que antes assolava de forma epidêmica o país, aos poucos vai rendendo-se aos ideais de uma nova geração, que não tolera qualquer forma de favorecimento entre particulares, e luta arduamente para banir esse mal. Se durante a ditadura militar os jovens não toleravam opressão e censura, os jovens de hoje não suportam mais a existência de um Estado sucateado nem a gestão de políticos corruptos.

Com a atuação mais participativa do povo, já foi possível mobilizar e expulsar do meio político vários candidatos que não honravam os seus mandatos e demonstravam condutas diametralmente opostas aos objetivos dos eleitores e da sociedade, ou seja, privilegiar em suas ações o favorecimento pessoal, em detrimento dos objetivos coletivos, do interesse comum, fim último da existência do Estado.

---

<sup>55</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas 2012**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/metas-2012>>. Acesso em: 8 mar. 2012.

O que se percebe é que a cultura da democracia participativa ainda se encontra em estágio embrionário na nossa sociedade, mas há grande expectativa de que se desenvolva.

Paulo Bonavides<sup>56</sup> explica que o momento vivido hoje colabora para a consolidação do segundo Estado de Direito. Nas palavras do constitucionalista:

Desse modo se alcança o novo Estado de Direito, o da segunda dimensão, que é o Estado social, em substituição do clássico Estado de Direito da primeira dimensão, gerado pela hegemonia política e jurídica do 'Terceiro Estado, aquele que fez estalar a Revolução Francesa e foi, depois, o dono das Constituições do século XIX. O segundo Estado de Direito se acha, porém, ainda em fase de consolidação e expansão. E, em países como o Brasil, a reação neoliberal intenta liquidá-lo, numa ocasião em que, contraditoriamente, os direitos da terceira e da quarta gerações assumem importância capital. Com eles se vislumbram, já, nos horizontes do constitucionalismo aberto e democrático, o advento da terceira categoria de Estado de Direito, do qual é pressuposto essencial o Estado social, e que se chama Estado de Direito da democracia participativa direta, estuário de todas as correntes que fluem para a libertação humana, e que tem sido a utopia de todas as idades, na palavra e na razão de grandes filósofos e pensadores. Sem eles, sem um Rousseau, sem um Montesquieu e sem um Marx, não teríamos alcançado as emancipações parciais que concretizam a presença cidadã na obra de governo.

O autor ainda comenta que não conseguimos uma emancipação completa para a tarefa de participar da obra do governo. Hoje, não há, portanto, situação em que o Estado atue de forma individualizada, com roteiro planejado e sem a colaboração direta do povo. O que vemos é a sociedade participando cada vez mais da tomada de decisões e, na ausência do Poder Estatal, executam-se voluntariamente as medidas necessárias a fim de estancar as omissões estatais. A sociedade passou a ter legitimidade para agir e, certamente, o futuro das constituições será marcado pela democracia participativa política, onde a "cidadania do gênero humano é a cidadania do mundo".<sup>57</sup>

A evolução do conceito de democracia participativa no Brasil tem como causa o atual momento econômico e político vivido no país. No decorrer de poucos anos, o Brasil passou a ser reconhecido como grande potência econômica e com

---

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 227.

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**, p. 228.

gigantesco potencial de crescimento. Passamos a ter uma moeda forte e o controle da inflação permitiu uma maior distribuição de renda.

A tão almejada estabilidade econômica atraiu centenas de milhões de dólares de capital estrangeiro para a economia interna. Multinacionais, que até então investiam em outros países, passaram a ver no Brasil grandes oportunidades de negócios e aqui fincaram as suas bandeiras para desenvolver as suas atividades. Criamos dezenas de milhares de postos de empregos e investimos pesadamente na educação, quando comparados aos investimentos ocorridos nas últimas décadas. O crescimento econômico do Brasil permitiu que muitas famílias deixassem a situação de miséria e conquistassem um espaço mais digno dentro do meio social. Há notícia<sup>58</sup>, inclusive, de que nos últimos dez anos, trinta e um milhões de brasileiros ascenderam à classe “C”, deixando para trás a condição de pobreza e miséria em que viviam.

Com uma melhor distribuição de renda, fomentamos o consumo interno e permitimos que os bens tecnológicos disponíveis no mercado fossem acessíveis à grande parte da população. Com mais tecnologia, passamos a ter mais acesso à informação e à Internet.

Além da economia, vale ressaltar que nos últimos anos conquistamos mais espaço no cenário político mundial, com uma presença cada vez mais atuante nas grandes questões enfrentadas em nível global.

Todas essas mudanças radicais ocorridas nos últimos anos mexeram com a autoestima do brasileiro. Deixamos uma posição de país subdesenvolvido e passamos a ser vistos pelo mundo com curiosidade e admiração. Além disso, o acesso mais democrático à informação permitiu um questionamento mais severo sobre a nossa estrutura legislativa e estatal. A sociedade também clama por um sistema estatal e jurídico que possa traduzir resultados mais favoráveis e garantidores do bem estar de todos.

Mas, afinal, o que essas situações periféricas têm a ver com as questões processuais do nosso ordenamento jurídico? Explica-se: quando uma lei é elaborada, espera-se que cumpra com a finalidade para a qual foi criada e tenha conteúdo que possa atingir os seus destinatários. Nesse sentido, é desejável que o

---

<sup>58</sup> Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. . **Indicadores IBGE**. Contas Nacionais Trimestrais. Indicadores de Volume e Valores Correntes. Junho 2011. Junho 2011. Disponível em: <<http://IBGE.gov.br>> Acesso em: 08 mar. 2012.

legislador saiba atuar da forma mais cautelosa possível e com o planejamento necessário para avaliar qual será o real impacto da norma que está por vir e se ela efetivamente atingirá o foco que se tem em mente.

Conforme mencionado, as normas jurídicas, quando da sua criação, levam em consideração a sociedade em que vivem os seus destinatários. Tal fato explica a razão de termos hoje no mundo diversos povos, com culturas diferentes e legislações moldadas segundo às respectivas realidades (sociais, econômicas, políticas etc.).

A respeito, Norberto Bobbio<sup>59</sup> elucidada:

Todo indivíduo pertence a diversos grupos sociais: à igreja, ao Estado, à família, às associações que têm fins econômicos, culturais, políticos ou simplesmente recreativos. Cada uma destas associações se constitui e se desenvolve através de um conjunto ordenado de regras de conduta. Cada indivíduo, ademais, separado da sociedade a que pertence, formula para a direção da própria vida programas individuais de ação: também esses programas são conjuntos de regras.

A criação de uma determinada norma pressupõe e existência de elementos que possam equacionar determinado problema no presente e, também, permitir que haja um prolongamento dos seus efeitos no futuro. Bem por isso, as normas jurídicas devem estar contextualizadas com a situação real posta em destaque, para que possam gerar uma sensação de segurança e de previsibilidade para os respectivos jurisdicionados.

Durante muitos anos, a sociedade validou e aceitou o nosso Código de Processo Civil como instrumento eficaz para a solução de problemas e litígios submetidos ao Poder Judiciário. O CPC de 1973, inspirado no sistema italiano, prometia a criação de um cenário mais técnico e efetivo.

Na exposição de motivos da referida lei, Alfredo Buzaid<sup>60</sup> assim se manifesta:

Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima

---

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**, p. 26.

<sup>60</sup> BUZOID, Alfredo. **Exposição de motivos do CPC**. Disponível em: <<http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/CODIGOS/CODIGOPROCESSOCIVIL.PDF>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios como no de suas aplicações práticas.

A criação de um “trabalho unitário” tinha como pressuposto o desenvolvimento de uma conjuntura sistemática bem ordenada, que especialmente não gerasse dúvidas aos jurisdicionados de que o então considerado “novo processo civil” cumpriria, com glória, a sua função de ser um instrumento para a outorga da prestação jurisdicional. E assim foi feito. Ao entrar em vigor, no ano de 1974, grande parte da expectativa foi convertida em realidade. O Código de Processo Civil possibilitou uma maior coesão ao sistema processual civil e exerceu, com maior vigor, a sua função, em substituição ao Código de 1939.

Ao longo dos anos, a legislação processual foi consolidando-se e também ganhando força. O fortalecimento do CPC de 1973 somente foi possível tendo em vista as características da sociedade da época, alinhada com premissas técnica e formalista.

Com o advento de uma legislação processual avançada e primordialmente técnica, sem perceber, fomentamos agressivamente a cultura do estudo do direito processual civil no Brasil e enriquecemos, no decorrer desses longos anos, o sistema jurisdicional, permitindo que o instrumento – processo – pudesse, efetivamente, tornar-se indispensável à manutenção saudável do nosso Estado Democrático de Direito.

Se, por um lado, a técnica processual foi o fator potencializador da atividade jurisdicional, por outro, a criatividade de advogados e magistrados atribuiu ao processo o rótulo de ciência jurídica quase autônoma, distanciando-se do escopo para o qual foi criada, ou seja, uma ciência jurídica que pudesse atuar em conjunto e em total sinergia com a que envolve o próprio direito material objeto das demandas.

Vale dizer, nesse sentido, que o cenário mais adequado às nossas necessidades seria integrar o direito processual como instrumento deflagrador do direito material, não permitindo que questões meramente processuais pudessem, por qualquer razão, retardar o natural curso do processo e da prestação jurisdicional,

uma vez que esta deve estar voltada para a constatação ou não da existência do direito material.

O que se observou, porém, com o fortalecimento da ciência processual no Brasil, é que os nossos tribunais e os próprios advogados passaram a considerar a técnica “quase” como requisito preliminar da concessão do direito material, fomentando intermináveis “batalhas processuais” entre as partes envolvidas nos processos.

Diante disso, podemos dizer que essa cultura litigiosa, com foco processual, fez criar o que denominamos de “lide processual<sup>61</sup>”, onerando de forma desproporcional o jurisdicionado, com processos demasiadamente duradouros que muitas vezes não chegam sequer a abordar a existência ou não do direito material discutido, limitando-se ao debate sobre questões eminentemente processuais.

Talvez essa tendência justifique o fato de termos hoje um percentual muito maior de doutrina processual civil, se comparado à parcela da doutrina que se ocupa com o estudo do direito civil, por exemplo. A técnica processual passou a ser priorizada e utilizada, sobretudo, nas situações em que o direito material em si não contempla uma das partes.

Muito embora percebamos a existência de alguns efeitos colaterais decorrentes da evolução da técnica processual no Brasil, como regra, podemos dizer que o estudo dedicado a este importante tema trouxe, no decorrer das últimas décadas, maior eficiência e sustentabilidade à atividade exercida pelo Poder Judiciário.

Com o passar do tempo, porém, o CPC de 1973 não foi mais suficiente para atender adequadamente às novas demandas que surgiam no seio da sociedade, somadas ao advento de um novo sistema constitucional (1988), com o lastro de um Estado Democrático de Direito.

Assim, passamos a perceber profundas mudanças estruturais na nossa sociedade, o que, de certa forma, fez brotar o sentimento de que precisaríamos

---

<sup>61</sup> Quando falamos em “lide”, na concepção originária da palavra, entendemos a existência de uma pretensão resistida com relação a determinado direito material. De todo modo, a criatividade do brasileiro fez surgir o que denominamos de “lide processual”, ou seja, intermináveis batalhas processuais puras, sem qualquer relação com a busca do direito material em si.

realizar novas reformas na legislação processual<sup>62</sup>, de modo a adequá-la à nova realidade.

Nesse cenário, o tecnicismo, que antes era motivo de segurança jurídica e resultados, acabou por produzir um efeito contrário ao almejado, ou seja, “engessou” o sistema, não permitindo que se adaptasse aos casos concretos.

A sociedade, com sede de ocupar o seu espaço no novo cenário, encontrava no Poder Judiciário uma barreira ainda conservadora e restritiva dos direitos democráticos. Em virtude disso, várias propostas legislativas surgiram, com o escopo de se conceder uma nova “roupagem” ao CPC de 1973. Algumas delas foram incorporadas ao sistema com muito êxito e garantiram uma “sobrevida” ao instituto.

Em linhas gerais, todas as mudanças havidas na legislação foram idealizadas sob a influência do movimento mundial de “acesso à justiça”<sup>63</sup>, materializado em três “ondas” de reformas, cujos objetivos eram: (i) prestar assistência judiciária aos necessitados, (ii) promover a tutela de interesses coletivos e difusos e, por fim, (iii) possibilitar a utilização de novos instrumentos, dentro da jurisdição – com a simplificação dos procedimentos judiciais em geral, enxugamento das vias recursais, desenvolvimento da tutela de urgência – ou fora do âmbito jurisdicional – criação de formas alternativas de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

---

<sup>62</sup> Nesse sentido, oportuno colacionar o entendimento de Humberto Theodoro Junior: “Mais do que as pequenas alterações formais, porém, o que impulsionou os encarregados da revisão legislativa e tem transparecido da lição daqueles que souberam entender o espírito da reforma foi o propósito de convocar todos os que têm o dever de aplicar o Código para os princípios modernos que dão sentido maior à garantia fundamental do **devido processo legal**. Essa garantia, consagrada pela grande maioria das constituições democráticas contemporâneas, visa muito mais do que simplesmente dotar o país de uma lei formal para regular o relacionamento entre os cidadãos e o Poder Judiciário. O que se tem como assegurado é de fato a ampla e irrestrita tutela estatal a todo e qualquer direito subjetivo ou interesse jurídico relevante que venha a envolver-se em situação litigiosa. E, para que essa proteção jurisdicional se realize, a doutrina já definiu que os jurisdicionados, indistintamente, têm de contar com instrumentos hábeis de acesso à Justiça. Não se trata, porém, repita-se, de uma simples e formal lei de rito, mas todo um sistema normativo e operativo que faça do processo judicial aquilo que se tem, na visão da sociedade, como um processo justo. Não basta ter um caminho traçado na lei. É importante que tal caminho esteja realmente franqueado a todos, independentemente de seus meios de riquezas, e que seja hábil em conduzir o litigante a um resultado satisfatório, em termos de resultado jurídico material, com o menor custo possível e dentro de tempo mínimo”. (**As principais reformas do Código de Processo Civil em matéria de apelação e embargos de declaração**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero1/humberto.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2011).

<sup>63</sup> A esse respeito, importante visitar a obra “Acesso à justiça” do processualista italiano, Mauro Cappelletti.

Nesse contexto, a Lei nº 8.952/1994 consolidou numerosas mudanças, em diversos aspectos. No processo de conhecimento, ampliou-se a atuação do juiz, autorizando-lhe a limitação do litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este fato pudesse comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa (artigo 46, parágrafo único, CPC). Esta reforma estabeleceu, ainda, a possibilidade de o juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (artigo 125, IV, CPC).

Um das inovações mais importantes da citada lei foi a criação do instituto de antecipação da tutela, consistente em antecipar ao autor, no todo ou em parte, o resultado que lhe seria outorgado somente no julgamento da lide, desde que preenchidos alguns requisitos (artigo 273, CPC). Ainda, deu nova redação ao artigo 461 do CPC, instituindo, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a tutela específica (para a satisfação *in natura*) e a tutela assecuratória (para a satisfação pela equivalente da obrigação inadimplida).

À luz dos princípios da celeridade e da eficiência processual, a Lei nº 9.079/1995 introduziu um novo procedimento especial, a ação monitória (artigos 1.102-A a 1.102-C, CPC), enquanto a Lei nº 9.245/1995 alterou as regras relativas ao procedimento sumário (artigos 275 a 281, CPC).

A Lei nº 10.444/2002 tratou, basicamente, das mesmas matérias que cuidara a Lei nº 8.952/1994, quais sejam: os institutos da audiência de conciliação, da antecipação de tutela e das medidas executivas coercitivas, com algumas peculiaridades e inovações. Esta lei previu, expressamente, a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias (artigo 273, § 7º, CPC); afastou a obrigatoriedade de realização da audiência preliminar de conciliação (artigo 331, § 3º, CPC); estabeleceu a possibilidade de cominação de pena pecuniária, tanto para o descumprimento da sentença quanto para a decisão antecipatória de tutela (artigo 461, § 4º, CPC). Ao juiz foi outorgado, ainda, poder para, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade das astreintes, quando insuficientes ou excessivas (artigo 461, § 6º, CPC).

A execução de obrigações de fazer e de não fazer, assim como as de entregar coisa certa, quando fundada em sentença, passou a realizar-se no mesmo processo em que foi originada, visando à efetivação de um processo sincrético.

Diante do explicitado, é importante ressaltar que a evolução legislativa do direito processual civil brasileiro tem acompanhado a evolução jurídica mundial, buscando a efetividade do processo. Essa tendência caracteriza uma nova fase instrumentalista do processo civil.

Durante muitos anos, os “remendos” permitiram a sobrevivência do CPC de 1973, mas inobstante os inegáveis esforços do legislador em tentar renovar o sistema, novas discussões doutrinárias surgiram, sustentando a necessidade de alteração da sua estrutura, o que acabou materializando um novo código.

Assim, por iniciativa do Senado Federal, foi instituída<sup>64</sup> uma comissão de juristas<sup>65</sup>, com o escopo de elaborar um anteprojeto do novo Código de Processo Civil. O anteprojeto tramitou pelo Senado Federal e, atualmente, aguarda apreciação na Câmara dos Deputados.

Fato é que há grande expectativa da comunidade jurídica e da sociedade em geral com relação à proposta apresentada, pois se espera que um novo Código de Processo Civil traga maior organicidade e também celeridade à prestação jurisdicional.

A propósito, a mencionada comissão de juristas se orientou pelos seguintes objetivos<sup>66</sup>: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolver problemas e reduzir a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo; e, finalmente, 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. Vale dizer, talvez este tenha sido o último objetivo parcialmente alcançado.

Para o atingimento das metas traçadas, elaborou-se um projeto que, embora não totalmente inovador<sup>67</sup> possibilitará uma maior efetividade processual:

---

<sup>64</sup> Ato do presidente do Senado Federal, de número 379, de 2009.

<sup>65</sup> Comissão composta pelos juristas Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

<sup>66</sup> Os cinco “objetivos” mencionados no presente artigo foram extraídos do texto original da exposição de motivos do projeto.

<sup>67</sup> O anteprojeto utilizou toda a estrutura básica do CPC atual (1973), sendo certo que em vários artigos limitou-se a reescrever os dispositivos legais. Embora o projeto não traga muitas propostas inovadoras, podemos dizer, com tranquilidade, que há grande esperança de que o resultado apresentado modernizará o nosso sistema e dará uma maior coesão à sua estrutura.

uma prestação jurisdicional mais célere, eficiente e adequada. Essa é, inclusive, parte da mensagem do então Presidente do Senado, José Sarney<sup>68</sup>, ao apresentar o referido projeto:

A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, nomeada no final do mês de setembro de 2009 e presidida com brilho pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.

Há várias inovações no bojo desse projeto, mas podemos dizer que uma das preocupações mais pontuais do legislador foi a de conduzir o modelo processual de acordo com o nosso sistema constitucional. Bem por isso, verificamos, no bojo do projeto, uma nítida determinação em se fixar, muito sobriamente, logo no Capítulo I, doze artigos que tratam dos “princípios e garantias fundamentais do processo civil”.

Diante da atual conjuntura, temos a necessidade de definir com clareza as diretrizes do sistema processual que pretendemos construir para o futuro. Nesse sentido, uma indagação se impõe. Do que, em rigor, necessitamos: de uma nova sistematização legal ou de uma maior efetividade da prestação jurisdicional?

O que se sabe é que a sociedade do modelo de Estado Democrático de Direito Participativo exige leis que se aproximem do modelo constitucional; normas que permitam que os seus destinatários (os jurisdicionados) e quem possua o poder de coerção, possam trabalhar em conjunto para que sejam obtidos resultados mais efetivos. Por tal razão, objetiva-se construir um processo pautado também no “princípio da participação”, no sentido de que todos os entes envolvidos estejam imbuídos do mesmo espírito, que é a outorga da prestação jurisdicional.

Para isso, todavia, cabe ressaltar que não bastará apenas a criação de um novo modelo processual. Conforme veremos adiante, as alterações legislativas são parte do problema. Espera-se, acima de tudo, uma mudança de comportamento da sociedade, dos advogados e, especialmente, dos magistrados. A mudança de postura é, acima de tudo, mais importante do que eventual mudança na própria lei.

---

<sup>68</sup> Mensagem oficial de apresentação do anteprojeto do novo CPC.

Outro detalhe que certamente gera impactos nos resultados relativos à efetividade do nosso sistema jurídico reside no fato de que o nosso Poder Judiciário não está devidamente preparado para assumir a tarefa que lhe foi dada pela Constituição, que é a administração da justiça. Desde o advento da Constituição de 1988 e, com a conseqüente expansão do país no campo econômico, percebe-se que a estrutura do Poder Judiciário não acompanhou adequadamente as novas demandas que surgiam e que surgem.

Houve uma mudança importante de mentalidade do povo brasileiro e, com o fortalecimento da cultura da litigiosidade, sobrecarregou-se toda a estrutura do Judiciário, o que tornou mais lento o poder de reação do sistema jurisdicional.

Com efeito, importante ressaltar que a cultura da litigiosidade foi fomentada pelos próprios jargões constitucionais de “acesso à justiça”, um das causas que deu azo aos processos de massa.

Rodolfo de Camargo Mancuso apresenta uma série de fatores que, operando com concausas, resultam no excesso de demanda por justiça estatal, vejamos:

(a) desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma cultura da sentença, na expressão de Kazuo Watanabe; (b) exacerbada jurisdicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positivação de novos direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma expectativa (utópica), de pronto atendimento a qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (c) ufanista e irrealista leitura do que se contém no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do acesso à justiça, enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição), praticamente implicando em converter o que deverá ser o direito de ação (específico e condicionado) num prodigalizado dever de ação; (d) crescimento desmensurado da estrutura judiciária – oferta de mais do mesmo sob a óptica quantitativa – com a incessante criação de novos órgãos singulares e colegiados, e que, sobre exigir parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, induz a que esse aumento da oferta contribua para retroalimentar a demanda.<sup>69</sup>

Os processos de massa, silenciosamente advindos de campanha democrática que exigia maior acesso à justiça, também foram fomentados por outros

---

<sup>69</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53-54.

dois fatores importantes. O primeiro tem íntima relação com a consolidação da cultura consumerista no Brasil, materializada na proteção e defesa do consumidor<sup>70</sup>, nos anos 1990. O segundo fator alude à criação dos juizados especiais cíveis<sup>71</sup>, que também aproximaram os jurisdicionados do Poder Judiciário. Afinal, com o advento dos juizados especiais cíveis, qualquer ameaça ou lesão a direitos pode ser tutelada de forma simples e, o que é mais importante, sem qualquer custo.

O Estado, dessa forma, passou a prover recursos destinados exclusivamente à manutenção da garantia de acesso à justiça, fundamental para o cidadão. Um ciclo vicioso. Quanto mais se busca acesso à justiça, menos acesso se tem. O Judiciário efetivamente não tinha condições de dar conta de todo o trabalho, o que nos faz enfrentar, ainda hoje, o que chamamos de “crise do Judiciário”.

A crise do Judiciário, que não se confunde com a “crise do processo”, é o principal foco do problema atualmente enfrentado pelo jurisdicionado. Repisamos. A crise do Judiciário assola, de forma devastadora, o nosso país e poucas iniciativas estão sendo tomadas para a solução do problema.

Conforme assevera Dalmo de Abreu Dallari<sup>72</sup>:

Como acontece em muitos outros países, inclusive em alguns exportadores de teorias e modelos jurídicos, o Brasil tem muitos bons juízes e não tem um bom Poder Judiciário. Na realidade, os três Poderes que compõem o sistema brasileiro de governo apresentam falhas e vícios que comprometem sua eficiência e deixam amplos caminhos abertos para audaciosos, oportunistas, indivíduos que buscam sempre um proveito pessoal sem considerar barreiras éticas. Muitos desses personagens conseguem enganar o povo durante algum tempo, apresentando-se como dinâmicos, modernos e até moralizadores, mas afinal por causa deles o povo injustamente, acaba concluindo que todos os homens públicos são demagogos e corruptos. Observadas as peculiaridades de cada setor das atividades públicas, personagens desse tipo têm atuado no legislativo, no Executivo e no Judiciário.

Há, nesse sentido, uma absoluta incapacidade de se vencer o desafio da administração dos processos de massa, o que acarreta o travamento de toda a estrutura. Para um país de dimensões continentais como o Brasil, a inexistência de um forte planejamento estratégico dos órgãos do governo – em médio e longo

---

<sup>70</sup> Lei 8.078/1990.

<sup>71</sup> Lei 9.099/1999.

<sup>72</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo; Saraiva, 2010. p. 81.

prazos – traz a certeza de que a morosidade e a negativa de prestação jurisdicional impactarão por muito tempo a nossa sociedade.

A sociedade se modernizou, os escritórios de advocacia se modernizaram, mas o Poder Judiciário não. Ao menos não com a velocidade que seria necessária. Se, por um lado, sabemos que a sociedade atual tem pressa e, por tal razão, fala-se muito em princípio da duração razoável do processo, por outro, não menos importante, não podemos esquecer que o processo civil do futuro (e do presente) deve ser defensor das suas garantias fundamentais e dos seus princípios norteadores. Se “a pressa é inimiga da perfeição”, temos que ter uma preocupação em manter a qualidade das decisões judiciais, sobretudo exigir que contenham fundamentação, hábil a garantir credibilidade perante os seus destinatários. Busca-se, nesse sentido, uma harmonização plena e simultânea entre vários princípios.

Hugo Filardi Pereira<sup>73</sup>, atento a essa situação, esclarece que:

O princípio da celeridade processual não é contrário ao exaustivo ato judicial de fundamentar a decisão. De forma alguma o juiz, ao justificar o seu entendimento, terá a intenção de criar obstáculos a uma prestação jurisdicional tempestiva, pois, antes de ser célere, a tutela jurisdicional deve ser adequada e devidamente justificada, sendo indispensável a revelação das razões que ensejaram determinada opção de julgamento pelo magistrado.

A “harmonização” entre os princípios fundamentais do processo é a conjuntura processual mais adequada e que a sociedade espera atingir: um processo civil pautado em menos tecnicismo e mais efetividade, resguardando-se os direitos fundamentais e constitucionais das partes.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>74</sup> faz cinco importantes considerações que seriam de grande valia para a obtenção de um processo mais moderno e adequado. São elas: a) a existência de instrumentos processuais capazes de conceber a tutela de todos os direitos; b) o acesso pleno a todos esses instrumentos; c) o desenvolvimento de condições para a exata reconstituição dos fatos relevantes às demandas, de modo a permitir que os magistrados possam atuar de forma qualitativa e decidir de forma fundamentada; d) o resultado deve dar ao vencedor

---

<sup>73</sup> PEREIRA, Hugo Filardi. *Motivação e Celeridade. Princípios Processuais Inconciliáveis*. **Consulex**. Brasília: Revista Jurídica Consulex, ano XV, n. 348, p. 66, 15 de julho de 2011. p. 03.

<sup>74</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo**. Temas de direito processual civil. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27.

tudo aquilo a que tem direito, em face do ordenamento jurídico; e, e) o resultado obtido deve ser semelhante ao cumprimento da obrigação, com um mínimo de dispêndio de tempo e de energia.

Em nossa visão, para que possamos construir um modelo mais adequado às nossas necessidades, teremos de nos desprender de conceitos conservadores preestabelecidos e acreditar em um processo civil no qual o magistrado possa, segundo limites impostos pela lei, definir a estratégia caso a caso e conduzir as diretrizes postas para o fim que se espera obter.

Assim, a lei deve ser utilizada apenas como a indicação de qual direção a seguir, mas o que importa é termos uma atitude cada vez mais criativa e moderna para o desenvolvimento regular e eficiente dos processos.

A criatividade do magistrado deve estar presente na interpretação dos conceitos vagos, bem como no desenvolvimento das medidas de coerção. Além disso, tratando-se de um país com imensa extensão territorial, cabe aos magistrados definir, regionalmente, quais os procedimentos mais adequados à realidade do jurisdicionado, em cada localidade.

Voltamos a insistir, e que isso fique bem claro, que essas premissas devem estar harmonizadas com os princípios constitucionais e direitos processuais fundamentais, para que não haja o cometimento de abusos.

Por outro lado, as partes devem ter uma conduta processual pautada na boa-fé e na tentativa de solução adequada da controvérsia. A cultura do litígio há de ser esquecida. A responsabilidade é de todos nós.

A proposta que hoje está em foco possui uma conjuntura legislativa que agrada até aos mais céticos, mas, certamente, deverá ser tratada em conjunto com outros fatores, conforme adiante será demonstrado.

## CAPITULO 2 – O COMPORTAMENTO PARTICIPATIVO DOS MAGISTRADOS NO SISTEMA PROCESSUAL

### 2.1 A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA BUSCA DA CONCILIAÇÃO DAS PARTES

Como é cediço, para a propositura de uma ação é necessário o preenchimento de alguns requisitos processuais básicos, que a doutrina denomina de condições da ação. Dessa forma, o ordenamento jurídico pátrio exige que o demandante comprove (i) ser parte legítima para propor a ação; (ii) tenha interesse de agir e que, ao propor a demanda, o demandante apresente um (iii) pedido juridicamente possível.

No que tange ao interesse de agir, Flávio Luiz Yarshell<sup>75</sup> esclarece:

O interesse, conforme se tem destacado, corresponde à utilidade do provimento jurisdicional. Essa utilidade, de seu turno, é indicada pelos elementos necessidade e adequação. Convém, portanto, examinar cada um desses aspectos, sempre com vistas à tipicidade da ação. A necessidade, como cediço, advém da impossibilidade de resolução da controvérsia sem a intervenção estatal, via processo: quer porque as partes não se conciliaram e não podem valer-se – salvo em casos excepcionais – da autotutela, quer porque a intervenção judicial é indispensável e, por isso, o processo se diz necessário.

A necessidade de se propor ação judicial pela via contenciosa decorre da impossibilidade de solução da controvérsia de forma espontânea e conciliadora.

Em nosso modelo jurídico, tratando-se de jurisdição contenciosa (litigiosa), é necessário, para instauração de um processo judicial, que exista algum conflito de interesses a ser solucionado. A lide<sup>76</sup> é, portanto, requisito indispensável para que se tenha interesse em propor demanda litigiosa pela via judicial.

---

<sup>75</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 117.

<sup>76</sup> Na lição de Leonardo Greco: “Alguns dizem que a jurisdição contenciosa é a própria jurisdição. É a jurisdição que se destina a resolver litígios, lides, no conceito de Carnelutti, exposto como o conflito de interesses regulado pelo Direito e caracterizado por uma pretensão resistida ou insatisfeita. Toda vez que dois sujeitos disputam um bem da vida e um deles se dirige ao juiz contra o outro, pedindo que esse bem lhe seja atribuído com exclusividade, há uma lide e a jurisdição é contenciosa. A atitude do sujeito passivo da lide pode ser ativa, de resistência, ou uma atitude passiva, de insatisfação.” (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 90-91).

Na linha desse raciocínio, há, ou ao menos deveria haver, uma presunção relativa de que, ao procurarem o Poder Judiciário como órgão estatal responsável por impor uma decisão ao feito litigioso, as partes já tenham adotado diversas tentativas de composição amistosa da controvérsia, antes mesmo do ajuizamento da demanda.

Contudo, na prática, não é isso o que ocorre, pois as partes, muitas vezes, diante de uma controvérsia ou questão jurídica conflituosa, sequer têm a iniciativa de adotar qualquer tentativa conciliadora antes da instauração da demanda, deixando para o Poder Judiciário, pela imposição da força, a tarefa de decidir quem tem o melhor direito.

O processo, nesse sentido, no Brasil, tornou-se um meio típico de solução dos conflitos sociais, que se aproveita do poder coercitivo do Estado para a imposição das decisões judiciais. Em raciocínio lógico: se o processo é o nosso instrumento formal para a solução de controvérsias e dos demais conflitos, então seria este o mais adequado meio para viabilizar o fim das situações litigiosas direcionadas ao Poder Judiciário? Entendemos que não.

O processo deve, sim, ser utilizado da forma mais proveitosa possível, mas, especialmente, somente quando não houver a mínima possibilidade de composição amigável da lide. Temos, portanto, um poderoso mecanismo de solução de controvérsias à nossa disposição (o processo), mas, antes de utilizá-lo para esta finalidade, somente teremos uma justiça efetiva se fomentarmos a cultura da conciliação, em desprestígio à cultura da litigiosidade.<sup>77</sup>

Para Ada Pellegrini Grinover<sup>78</sup>:

Não há dúvida que o renascer das vias conciliatórias é devido, em grande parte, à crise da justiça. É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça. A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão

---

<sup>77</sup> “Uma porcentagem muito alta de ações civis inglesas não chega até o julgamento. Isso porque a maioria das ações na Inglaterra culmina não na sentença de mérito, conforme a perícia, a oitiva de testemunhas e o exame de laudos, mas em um acordo entre as partes. O acordo pode ter lugar no bojo do processo (ou não) e com ou sem ‘assistência’ (‘acordo sem orientação ou auxílio’). Na Inglaterra, os protocolos que antecedem a ação disciplinam o processo de negociação, que visa à realização de acordo antes do começo do processo”. (ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 240).

<sup>78</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Meios alternativos de solução de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, RT, v. 14, julho de 2007. p. 16.

dos processos, certa complicação procedimental, a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem, a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito, as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os 'justiceiros').

Para o desenvolvimento do conceito de conciliação, a doutrinadora sugere a existência de três fundamentos básicos. O primeiro seria o fundamento funcional das vias conciliativas, ou seja, o eficientismo. De acordo com este fundamento, a conciliação serviria para racionalizar a distribuição da justiça, melhorando o desempenho do Poder Judiciário. O segundo fundamento seria de cunho social, ou seja, a pacificação. A conciliação<sup>79</sup> precisa ser estimulada, uma vez que viabiliza a solução de conflitos pela via mais fácil e por meio de técnicas não litigiosas. Trata-se de método aprimorado e moderno de solução de conflitos, pois ajuda a restabelecer a paz social. Os magistrados possuem papel de relevância na propagação deste princípio. O terceiro, fundamento citado, seria de natureza política, ou seja, a participação. Nesse sentido, afirma a doutrinadora que a conciliação “permite uma participação popular na administração da Justiça, pela colaboração do corpo social nos procedimentos. A participação popular na administração da justiça não é senão um capítulo do amplo tema da democracia participativa”.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> “A palavra conciliação, em sua acepção gramatical, refere-se ao ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo ou harmonização de duas pessoas em litígio. No estudo da conciliação, apresenta-se mais adequado tomar-se como paradigma a definição de lide concebida por CARNELUTTI, segundo o qual o litígio surgiria a partir de um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Este conceito mais amplo de lide revela maior proximidade com o instituto da conciliação, pois no momento em que a solução do litígio partir de um consenso entre as vontades das partes envolvidas, dispensando a interferência de um terceiro no mérito da discussão, resta evidente a inadequação da definição restritiva da lide, tal como concebida por CALAMANDREI – que, ao conceituá-la, ao lado da resistência à pretensão, incorporava também em sua acepção uma limitação objetiva ao autorizar tão-somente a resolução das questões e pedidos formulados previamente ao magistrado na petição inicial.” (IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Conciliar é legal? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2.579, 24 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17035>>. Acesso em: 9 out. 2011.

<sup>80</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Meios alternativos de solução de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, RT, v. 14, julho de 2007. p. 16.

Vemos que a nossa estrutura processual nunca prestigiou prioritariamente a conciliação entre os litigantes, ao contrário, fomentou de forma indireta a cultura da litigiosidade. Uma comparação com outros países de modelos políticos democráticos semelhantes ao adotado no Brasil evidencia que o índice de demandas litigiosas por aqui é muito mais expressivo do que em outras nações. Por outro lado, as iniciativas voltadas para a instauração de métodos alternativos de solução de litígios ainda são muito tímidas.

O Código de Processo Civil de 1939, por exemplo, embora tenha alertado, de forma muito responsável em sua exposição de motivos, sobre a necessidade de que fossem atribuídos novos poderes instrutórios aos magistrados, não possuía em sua constituição qualquer método ou preocupação com o princípio da conciliação, sequer previu a necessidade de realização de audiência preliminar<sup>81</sup>, embora, com finalidade parecida, houvesse o despacho saneador, que deveria ocorrer em até dez dias após decorrido o prazo para a contestação ou reconvenção.

O despacho saneador não servia propriamente para estimular o princípio da conciliação, mas somente para criar um momento processual em que alguns pontos deveriam ser avaliados pelo juiz, o qual: (i) decidia sobre a legitimidade das partes e da sua representação, ordenando, quando fosse o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; (ii) mandava ouvir o autor, dentro de três dias, permitindo-lhe que juntasse prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; (iii) pronunciava as nulidades insanáveis ou mandava suprir as sanáveis, bem como as irregularidades; e (iv) determinava exames, vistorias e quaisquer outras diligências.

Com relação ao CPC de 1973, também não constatamos nenhuma grande inovação quanto a técnicas apuradas e a conceitos que pudessem estimular o princípio da conciliação.

Conforme já mencionamos, o diploma Processual civil de 1973 trouxe alguns mecanismos técnicos valiosos enquanto instrumentos postos à disposição do Poder Judiciário para a outorga da prestação jurisdicional. A estrutura do CPC, portanto, proporciona aos litigantes o uso de ferramentas necessárias para a defesa e realização dos seus direitos.

---

<sup>81</sup> Audiência hoje prevista no artigo 331 do CPC de 1973.

Pelo que observamos, não houve qualquer preocupação mais atenta do legislador em fomentar a composição amigável, com exceção da regra contida no artigo 125, IV, do referido diploma processual civil segundo a qual, o juiz tem o dever de tentar genericamente a conciliação a qualquer tempo, e também as disciplinas dos seus artigos 447 a 449.

Quase vinte anos após a entrada em vigor do CPC de 1973, a Lei nº 8.952/1994 é que instituiu a denominada “audiência de conciliação”, prevista atualmente no artigo 331<sup>82</sup>.

Muitas críticas doutrinárias foram feitas, à época, por conta da inovação, que foi taxada por alguns renomados doutrinadores como uma providência inócua para a resolução dos problemas avindos do baixo índice de acordos nos processos.

Das mais fervorosas críticas apresentadas, vale destacar a que entende que a audiência do artigo 331 do CPC seria realizada em momento processual inoportuno, quando o processo já está caminhando para uma decisão final de mérito. Assim, como as partes já esperam a prolação de uma decisão judicial sobre a lide, não há desejo nem motivação suficientes para a realização de acordo judicial.

Outro argumento relevante é aquele que considera que a exigência da designação de uma audiência de conciliação poderia sobrecarregar ainda mais o Poder Judiciário, na medida em que, como já havia a previsão de designação de audiência de instrução e julgamento, o agendamento de outra audiência duplicaria a pauta dos magistrados e, por tal razão, traria muitos prejuízos à rotina dos cartórios e também ao dia a dia dos juízes.

Essa crítica, porém, decorre do fato de que, na alteração legislativa ocorrida em 1994, parte da comunidade jurídica entendeu que a audiência do art. 331 serviria tão somente para que se pudesse realizar uma prévia tentativa

---

<sup>82</sup> Art. 331. “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)”

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

conciliatória, o que não é verdade, pois, pelo disposto na atual redação do mesmo artigo, não sendo obtida a conciliação, o magistrado deve fixar os pontos controvertidos, decidir sobre as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário<sup>83</sup>. Bem se vê, assim, a criação de um momento processual dedicado ao saneamento do processo, o qual também serviria para impor às partes uma situação que pudesse ensejar a conciliação.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>84</sup>, avaliando o assunto, considerou que a audiência do artigo 331 do CPC teria de enfrentar algumas dificuldades operacionais para a obtenção dos resultados esperados, tendo em vista a realidade do jurisdicionado brasileiro, que muitas vezes não tem condições (econômicas e físicas) de disponibilizar tempo e dinheiro para o comparecimento espontâneo às sessões de conciliação.

Complementa o doutrinador, que as audiências de conciliação não raro causam certo desconforto aos jurisdicionados, na medida em que estes, em sua maioria, são pessoas de pouca escolaridade e baixa instrução e não sabem como se portar perante os magistrados e os *ex-adversos*, considerados como “inimigos capitais” na relação processual.<sup>85</sup>

Há, dessa forma, um natural desapontamento entre a expectativa do legislador, ao considerar a audiência do artigo 331 como uma via moderna (e adequada) para o encerramento do processo pela conciliação, e a realidade do Judiciário e dos jurisdicionados brasileiros, que não se adaptaram com perfeição ao sistema.

Ao que parece, a premonição de alguns doutrinadores a respeito da inovação trazida pela Lei nº 8.952/1994 fazia sentido. A audiência do artigo 331 do CPC não trouxe grandes resultados até hoje, fazendo com que os processos judiciais mantenham a sua toada pela via contenciosa e litigiosa, obrigando o Poder Judiciário a exercer seu poder de coerção e impor a uma das partes a decisão mais justa ao caso concreto.

---

<sup>83</sup> A Lei nº 10.444/2002 ensejou mais uma alteração ao artigo 331 do CPC, corrigindo o equívoco correlato à denominação da audiência e, bem assim, o respeitante à possibilidade de transação do direito discutido na causa.

<sup>84</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 96-106.

<sup>85</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, p. 96-106.

Reconhecemos que o sistema imposto pelo Código de 1973, aprimorado por leis subsequentes, é um pouco mais moderno e adequado à nossa realidade do que o previsto no CPC de 1939. De todo modo, muito ainda deve ser feito para que efetivamente possamos atingir os objetivos esperados, especialmente no que tange à inserção de práticas modernas de conciliação no meio jurídico.

O primeiro ponto que merece destaque, alude ao fato de que os magistrados não possuem formação voltada para a prática da conciliação. Conciliação é, sobretudo, uma arte na qual o interlocutor responsável pela condução das negociações deve estar devidamente preparado para intervir em favor do acordo e nunca em favor de uma ou de outra parte. Esse necessário preparo deve estar presente em duas vertentes principais. A primeira se refere à mudança de mentalidade dos magistrados, para que estes efetivamente se modernizem, invistam e acreditem que a conciliação é, de fato, o método mais fácil, barato, inteligente e menos desgastante para se chegar ao fim do litígio. A segunda vertente corresponde exatamente à necessidade de que seja feito, quando da formação dos magistrados, treinamento específico, com técnicas adequadas para se chegar à conciliação. Não há, nesse sentido, qualquer cuidado mais aprofundado do Poder Judiciário na formação dos magistrados, quando iniciam a carreira pública, primando para que estejam preparados para lidar com o instituto da conciliação. Os magistrados são preparados, em regra, para a marcha contenciosa e processual, mas nunca para colaborar com as partes na tentativa de uma composição amigável da lide. Não são postas aos magistrados lições de psicologia nem métodos que possam ser úteis na audiência conciliatória. Cada magistrado utiliza o seu próprio método e, por tais razões, em determinadas situações podem negligenciar, em outras demonstrar intransigência.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Em notícia extraída do sítio do STJ, em 07/10/2011, foi dito que, ao abrir o primeiro curso de conciliação e mediação oferecido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e pela Advocacia-Geral da União (AGU), a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), defendeu visão sociológica na atuação dos juízes. A iniciativa do Curso de Mediação e Técnicas Autocompositivas é mais uma parceria realizada pelo ministro Cesar Asfor Rocha, diretor-geral da Enfam. Destinado a advogados da União, juízes, procuradores do Banco Central e da Fazenda Nacional, além de servidores e membros da Controladoria-Geral da União (CGU) e do Tribunal de Contas da União (TCU), o curso objetiva a solução de pendências judiciais através da vontade conciliatória. Previsto para ser encerrado na tarde desta sexta-feira (7), o curso tem 60 inscritos, dos quais 50 representam a AGU e dez a magistratura estadual e federal do país. Coordenadora do curso, a ministra Nancy Andrighi é considerada uma das maiores autoridades do tema no Brasil. No discurso de abertura, ela disse reconhecer a ineficiência dos mecanismos estatais de resolução dos conflitos materializados em processos judiciais, lembrando que a prática deve ser

Em algumas audiências de conciliação, já se observou que o acordo judicial não foi realizado por exclusiva falta de participação do magistrado, que não se dedicou a alertar às partes sobre as consequências que sofreriam, caso não realizassem o acordo, ou sobre as vantagens que poderiam advir caso o acordo fosse homologado. Em outras situações, os magistrados mostraram certo despreparo ao tentar conduzir as negociações<sup>87</sup> e, quase sem perceber, adiantaram o seu posicionamento sobre o mérito da causa, em flagrante desrespeito e violação ao princípio da imparcialidade.

Fato é que, com o argumento de que, caso a parte ré não ofereça nenhuma proposta, esta será condenada, geralmente o magistrado consegue, pela coerção, alguma oferta de acordo pela parte que, naturalmente, seria prejudicada por uma sentença desfavorável.

Importante esclarecer que esta não é uma constatação absoluta, mas revela o dia a dia de quem advoga com contencioso cível e, por tal razão, tem a oportunidade de participar de inúmeras audiências de conciliação. Nessas experiências, poucas foram as oportunidades em que os magistrados se mostraram empenhados na realização dos acordos.

---

exercício de humildade imprescindível a todos os juízes. “Exercendo essa humildade, devo admitir que, na jornada que cumpri durante mais de três décadas, muitas vezes não desempenhei a contento meu principal ofício, que é o de ser pacificadora social e acalentadora de almas”, ressaltou.. Segundo a ministra, processos repletos de “profunda perturbação” são conduzidos diariamente pelos juízes e advogados. Para Nancy Andrighi, é impostergável a mudança de mentalidade dos atores da cena judiciária. “Não há mais lugar para juiz ou advogado ortodoxo. A intolerância com o novo ou o diferente é incompatível com os instrumentos modernos que possibilitam ao jurisdicionado postular a defesa de direitos antes indefensáveis”. “Aqui reside o principal da Enfam”, continuou a ministra: “As escolas da magistratura se constituem no caminho mais próximo para se atingir a modernidade e o modo novo de advogar e judicar. Os novos tempos vedam ao juiz anelar-se apenas à lei. Atualmente se exige que ele esteja plenamente consciente da dimensão sociológica de suas decisões.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministra Nancy Andrighi defende visão sociológica na atuação dos Juízes.** Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103403&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=Não%20há%20mais%20lugar%20para%20juiz%20ou%20advogado%20ortodoxo](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103403&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=Não%20há%20mais%20lugar%20para%20juiz%20ou%20advogado%20ortodoxo)>. Acesso em: 7 out. 2011.

<sup>87</sup> Nesse sentido, Paulo Hoffman reforça: “Se o papel do juiz é realmente conciliar as partes, deve exercer seu papel de forma convicta e firme, não apenas tentando se livrar do processo. Por fim, inadequada a postura do magistrado que, designada a audiência preliminar, limita-se a indagar genericamente às partes se há acordo, sem tomar nenhuma iniciativa ou fazer qualquer questionamento de maior relevo, e imediatamente determinar que os autos retornem conclusos para que profira “despacho” saneador na solidão do gabinete. Com isso, nega vigência ao expresso texto do art. 331 do CPC e perde excelente oportunidade de dialogar com as partes ou agilizar o andamento do processo [...]”. (HOFFMAN, Paulo. **Saneamento compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 135-136).

Ainda, em muitas das audiências de conciliação sequer há a presença de magistrados na intermediação das negociações conciliatórias. Muitas audiências do artigo 331 do CPC são presididas por estagiários de direito, serventuários de justiça e até mesmo secretários dos magistrados.

Resta clara, portanto, uma indagação sobre o problema: se constatamos que os magistrados não são devidamente preparados para presidir uma audiência conciliatória, o que se pode esperar de serventuários, estagiários e secretários?

Contatada a visão limitada<sup>88</sup> sobre o problema e na tentativa de encontrar uma justificativa para tal situação, deparamo-nos com a sobrecarga dos cartórios e a impossibilidade de os magistrados conduzirem as audiências, por absoluta falta de tempo. Por outro lado, pode também não ser um problema meramente estrutural, mas sim uma questão de cunho conceitual, ou seja, os magistrados simplesmente não se dedicam, de forma prioritária, a participar das audiências conciliatórias.

Observamos, também, que os magistrados são influenciados por uma questão cultural, ainda não superada, que prestigia o princípio da litigiosidade em detrimento do princípio da conciliação. Dessa forma, não há o enquadramento da sessão conciliatória como ato processual prioritário na rotina dos magistrados.

Além disso, ainda se contata certo distanciamento entre a magistratura e os advogados, os defensores e até mesmo os membros do Ministério Público, fato que inevitavelmente se reflete em um natural distanciamento também entre as partes adversas envolvidas no processo.

Diante de total despreendimento e falta de compromisso (estrutural ou pessoal) com esse ato processual (conciliação), torna-se insuperável a ineficácia da tentativa conciliatória pela via do artigo 331 do CPC.

Quaisquer que sejam os motivos e as razões, o fato é que a metodologia utilizada atualmente pelo sistema não é adequada, não funciona como o esperado e os resultados obtidos são totalmente inexpressivos diante do que seria necessário.

---

<sup>88</sup> Quando falamos em “visão limitada”, pretendemos demonstrar que os magistrados e a sociedade em geral ainda não perceberam que a busca da conciliação é um dos principais instrumentos capazes de romper com as barreiras impostas pela cultura da litigiosidade, fazendo com que o Poder Judiciário consiga efetivamente trazer a tão almejada paz social. Conforme nossa manifestação anterior, a conciliação é a única forma de solução de litígios que acarreta naturalmente na paz social, uma vez que a lide é solucionada de forma espontânea e de comum acordo entre as partes. Por outro lado, quando a conciliação não é possível e o Poder Judiciário precisa efetivamente prolatar uma decisão sobre determinado feito, esta decisão é imposta de forma coercitiva a uma das partes e, desta forma, não resolve o litígio de forma conciliadora.

Vale lembrar, também, que a audiência do artigo 331, atualmente, não é um ato processual obrigatório e pode ser dispensada pelas partes e pelo juiz, quando entenderem pertinente. Se considerarmos que a cultura do Poder Judiciário ainda está voltada para a litigiosidade, acrescentado o fato de que não há obrigatoriedade de um momento processual dedicado à conciliação, fica fácil inferir que não há esforço algum para que o sistema funcione.

Nessa trilha, verificamos a importância e urgência do esforço para efetivamente quebrar o paradigma da litigiosidade, mostrando e divulgando aos jurisdicionados e à comunidade jurídica as vantagens advindas dos acordos judiciais. Para isso, é fundamental a estipulação de regras para obrigar, logo no início do processo, que as partes sejam instadas a avaliar eventual possibilidade de acordo.

A criação de um momento processual obrigatório para a tentativa de composição amigável da lide (logo no início do processo) é importante para que possamos quebrar o paradigma da litigiosidade (enraizado em nossa sociedade), em prestígio ao princípio da conciliação. Essa é uma tendência inclusive adotada na Inglaterra, na qual as partes, antes de ajuizado o processo, participam de uma sessão com a presença do magistrado, momento em que são apresentadas as provas que serão produzidas e, então, ponderadas as possibilidades de realização ou não de acordo judicial. Naquele momento, há praticamente uma definição clara sobre como o processo poderá se desenrolar, caso não seja celebrado um acordo entre as partes, e quais serão as consequências da não apresentação de uma proposta de acordo, não importando quem seja o litigante<sup>89</sup>.

Além da audiência prévia conciliatória, vale esclarecer que a legislação da Inglaterra prevê o pagamento de multa pecuniária para aquela parte que for vencida no processo e, no momento em que foi realizada a audiência prévia conciliatória, furtou-se à apresentação de uma proposta de acordo adequada ao caso.

Neil Andrews<sup>90</sup>, em livro traduzido por Teresa Arruda Alvim Wambier, comenta:

---

<sup>89</sup> ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.

<sup>90</sup> ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, p. 54.

O sistema das CPR (1988) introduziu um importante conjunto de protocolos antecedentes à ação. Estes prevêem 'obrigações' que as futuras partes e seus representantes legais devem cumprir, antes de darem início ao processo formal. Um dos objetivos deste sistema é que cada uma das partes saiba os pontos fortes do seu adversário. Também se espera que se estimule a realização de acordos, através do intercâmbio eficaz de informações. Por exemplo, uma pessoa que alega ter sido vítima de negligência médica pode ter acesso ao hospital ou a registros médicos sob o sistema dos 'protocolos que antecedem a ação'. O 'guia prático dos protocolos' afirma: 'Em todos os casos não abrangidos por qualquer protocolo aprovado, o tribunal espera que as partes [...] ajam razoavelmente no intercâmbio de informações e documentos relevantes para a discussão e, em geral, na tentativa de evitar a necessidade do início do processo. Se o caso desembocar na instauração de um processo, o tribunal pode unir aquele que tiver sido responsável pelo fato de ter sido seguido este caminho. Isso implicará a emissão de ordem de custas 'adversas' adequada.

No Brasil, identificamos um aviso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Aviso 39, de 03/09/2007), com o alerta para os litigantes no seguinte sentido: caso não haja apresentação de proposta de acordo na audiência de conciliação, a parte vencida – e que não apresentou proposta de acordo – poderá ser influenciada por uma condenação mais gravosa, tendo em vista o seu espírito pouco participativo na solução amistosa da controvérsia.

Diz o item 10.3 do mencionado aviso que:

10.3 - A reiteração da conduta de rejeição de proposta de acordo ou a recusa em conciliar por falta de concordância quanto à incidência de multa cominatória ou de cláusula penal na fase de conciliação, registrada em ata, poderá ser levada em conta na entrega da prestação jurisdicional.

À época da sua edição, acreditávamos que o referido aviso violaria o livre arbítrio das partes no processo, sendo certo que a oferta ou não de proposta de acordos deveria ser uma decisão exclusiva das partes, não cabendo ao Poder Judiciário qualquer controle ou penalidade para aquela parte que, por qualquer que fosse o motivo, não tivesse interesse em conciliar. A justificativa era que esta norma do TJRJ seria flagrantemente inconstitucional, uma vez que impunha indevidamente à parte ônus financeiro e processual.

Atualmente, temos a percepção, como mencionado anteriormente, que a cultura da litigiosidade ainda está inserida no nosso meio social, pois, para alguns jurisdicionados e empresas, ainda é lucrativo litigar. Os processos judiciais, na visão

do meio empresarial, fazem parte do próprio risco do negócio, sendo tratados pelas empresas, não raro, como custo operacional. Talvez seja a hora de impor aos demandantes que não colaboram e não se empenham na composição amigável da lide algum ônus adicionais (processual ou econômico), e uma medida assim poderá, quiçá, auxiliar o processo de mudança de mentalidade dos litigantes.

Em outros países (como Japão, Holanda e Alemanha), quando uma empresa tem uma demanda judicial apresentada por um cliente, os seus dirigentes adotam como regra comportamento muito mais conciliatório e atencioso aos jurisdicionados, pois sabem que a manutenção daquele processo judicial trará um grande desgaste à imagem da empresa e, ainda, repercutirá de forma negativa economicamente, pois, a cada mês de tramitação do processo, há uma série de custos diretos e indiretos envolvidos.

É, de fato, mais barato litigar no Brasil do que em outros países. O resultado disso é que, aqui, a manutenção dos processos judiciais ainda seja uma opção economicamente mais vantajosa do que a celebração de acordos. Deveras, essa situação já foi pior e mais grave, sobretudo quando se tem em mente que, não faz muito tempo, o processo civil era arcaico e mais demorado.

Vale lembrar, por exemplo, que com o CPC de 1973, na estrutura do nosso ordenamento jurídica, havia três tipos de processo: (i) o processo de conhecimento; (ii) o processo de execução e (iii) o processo cautelar. Assim, após instaurado o processo de conhecimento e, tendo transitado em julgado a sentença condenatória de mérito, iniciava-se um novo processo judicial, autônomo, para a outorga final da prestação jurisdicional. A instauração do processo de execução, desta forma, fazia nascer um novo e demorado ritual para a satisfação plena dos direitos postos na sentença condenatória, já transitada em julgado.

A demora na outorga da prestação jurisdicional, acrescida da interposição indiscriminada de recursos judiciais, durante muito tempo foi um estímulo à manutenção dos processos judiciais, em detrimento da celebração de acordos.

O nosso processo civil, porém, sofreu grandes mudanças estruturais nos últimos anos. Disseminou-se no meio jurídico a ideia de sincretismo processual<sup>91</sup>, com a qual o “processo de execução” deixou de existir e passamos a ter um único

---

<sup>91</sup> Sobre o tema, ver elucidativo livro de Cássio Scarpinella Bueno. (**A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19.10.2005 e 11.232, de 22.12.2005. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

processo, composto por várias fases, sendo uma delas a fase de cumprimento de sentença.

Além disso, criou-se um movimento muito efetivo a fim de se coibir a interposição indiscriminada de recursos, especialmente os voltados para os tribunais superiores, os quais, cada vez mais, têm a sua admissibilidade negada em virtude de poderosos filtros processuais impostos e, também, da jurisprudência defensiva, que naturalmente foi desenvolvida pelos órgãos superiores.

Com o cumprimento de sentença judicial (fim do processo de execução) e a instituição de filtros recursais e de outros mecanismos de modernização da estrutura processual, tornamos o processo um instrumento mais eficaz, representando, indiretamente, um desestímulo àqueles que viam no Poder Judiciário um aliado no sentido de que a propositura de demandas litigiosas trouxesse vantagem econômica aos demandantes.

As mudanças processuais ocorridas nos últimos anos, em conjunto com o desenvolvimento econômico do Brasil, já permitem uma maior reflexão sobre o assunto e, conseqüentemente, pode-se identificar indícios de que estamos caminhando para um cenário diferente, em que a própria sociedade, ela mesma, não mais admite tamanha sobrecarga do Judiciário.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>92</sup> leciona:

[...] o processo é uma relação jurídica de direito público, deflagrador da função judicial do Estado, operando como continente em face da ação que lhe dá o conteúdo; mas como a pendência da lide desgasta as partes, onera o Estado e esgarça o tecido social, o ordenamento positivo, ao mesmo tempo em que consagra o devido processo legal, e disponibiliza a justiça estatal (CF, art 5º, LV e XXXV, respectivamente), também consente a auto e heterocomposição dos conflitos, a par de estimular a resolução antecipada das ações em andamento, como antes mencionado.

No mundo empresarial já se percebe a mudança de estratégia das grandes empresas, especialmente grandes prestadoras de serviços e fornecedoras de produtos ou mesmo concessionárias de serviços públicos. As incontáveis ações ajuizadas por clientes e consumidores, que até então eram simplesmente tratadas

---

<sup>92</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos conflitos e a função social no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 200.

de forma massificada, sem qualquer estratégia gerencial e empresarial, hoje têm uma condução mais direcionada para além do aspecto econômico.

Grandes empresas, que no passado exigiam do seu departamento jurídico e dos escritórios terceirizados a interposição de recursos judiciais até a última instância e não possuíam qualquer política de acordos para encerramento de demandas, hoje estão mudando a sua estratégia, aos poucos é verdade.

Nessa esteira, há uma grande preocupação atual no mundo empresarial sobre como direcionar o tratamento do contencioso judicial e quais medidas podem ser adotadas para que este tipo de problema tenha a menor repercussão possível, sob o ponto de vista não só econômico, mas também de sustentabilidade.

Seguindo esta nova tendência de mercado, há algumas iniciativas sendo adotadas por parte dos empresários, especialmente após a constatação de que a celebração de acordos judiciais é o melhor caminho a ser seguido para fins de tratamento do contingente processual de suas empresas.

A celebração de um acordo judicial traz vantagens para os empresários, especialmente econômicas e de imagem. Pelo prisma econômico, não há vantagem em levar um processo judicial adiante, por vários anos, sobretudo quando é grande a probabilidade de condenação da empresa. Os custos diretos e indiretos envolvidos são cada vez maiores e o ônus econômico com a manutenção de um processo judicial somente tende a aumentar.<sup>93</sup> Outra vantagem alude, por óbvio, à imagem da empresa. Fato é que, com o desenvolvimento econômico do Brasil e a globalização, o mercado de produtos e serviços é muito mais competitivo, o que permite aos

---

<sup>93</sup> Recentemente, tivemos a oportunidade de elaborar estudo aprofundado para um dos clientes do nosso escritório e foi constatado o seguinte: Em uma carteira de aproximadamente sete mil processos, havia casos em distintas fases: inicial (instrução), recursal e de execução. Como para aquele cliente não havia uma política adequada de acordos em processos em fase inicial (instrução) pautamos o nosso estudo na média das condenações impostas e pagas pela empresa no período de seis meses. Identificamos, assim, que o custo médio das condenações atingia a monta de aproximadamente R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Com este valor em mente, sugerimos ao cliente uma política de acordos judiciais iniciais por período determinado, especialmente para tentarmos identificar qual seria o “ticket médio” dos acordos celebrados. Após três meses de testes em fase experimental, obtivemos uma exitosa política de acordos com o custo médio de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) por processo. Assim, conseguimos demonstrar ao cliente que o custo médio de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por ação judicial encerrada em fase de execução poderia ser reduzido ao custo de R\$ 1.500 (mil e quinhentos reais) se implementássemos uma política de acordos em processos que estivessem em fase de instrução, antes de prolatada a sentença judicial. A economia obtida com a política de acordos levou em consideração somente o benefício econômico direto obtido com os acordos celebrados, ou seja, os valores pagos aos reclamantes a título de acordo. Além dos benefícios diretos, demonstramos, ainda que não de forma numérica, que a celebração de acordos judiciais também trouxe vários benefícios indiretos, como a redução do custo dos honorários advocatícios, custas judiciais, perícias, custo do jurídico interno e outros.

consumidores avaliarem as várias opções disponíveis. Dessa forma, para a preservação da imagem da empresa, não é interessante litigar judicialmente com seus consumidores e clientes. Primeiro, porque, ao litigar com o cliente, provavelmente aquele consumidor nunca mais voltará a contratar os serviços da empresa e buscará no mercado outra opção para atender às suas necessidades. Segundo, porque a manutenção de grande número de demandas judiciais acaba por expor negativamente a empresa no mercado e perante os clientes potenciais. Afinal, é natural que o consumidor não seja atraído pelos serviços prestados por uma empresa que figure como “campeã” de reclamações e ações nos órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor e na seara judicial, respectivamente.

Ainda, sobre a preocupação com a imagem empresarial, também é certo que uma empresa que opta por uma política de acordos judiciais sempre será vista com mais agrado pelos magistrados. Estes, mesmo que de forma indireta e sem perceber, levam em consideração o perfil da empresa e a sua atitude colaborativa no momento da prolação da sentença.<sup>94</sup>

Dessa feita, para o desenvolvimento de uma boa política de acordos, de iniciativa da empresa, também não basta a adoção de determinada estratégia, sem que haja uma participação efetiva daqueles que, de fato, serão os responsáveis pelas tentativas de acordos, caso a caso.

Se, por um lado, exigimos dos magistrados conhecimentos de outras ciências, como da psicologia e da sociologia, por exemplo, por outro, é preciso que as grandes empresas e principais demandadas perante o Poder Judiciário possuam, em suas estruturas, profissionais capacitados para a prática das conciliações. Esses profissionais, em regra, devem sempre adotar uma postura conciliadora nas audiências, tentando separar o fato conflituoso em si da pessoa com quem é feita a negociação.

---

<sup>94</sup> Como consequência do mesmo estudo e projeto mencionado anteriormente, percebemos que ao criarmos uma sólida política de acordos judiciais, os magistrados naturalmente olhavam com mais atenção os casos em que efetivamente não tínhamos alguma proposta de acordo a ofertar, por entendemos ser a ação improcedente. Dessa forma, toda vez que não era ofertada, em determinado caso, qualquer proposta de acordo, fomentamos, nos magistrados que já nos conheciam, uma primeira impressão de que aquela determinada demanda seria improcedente. Assim, com essa receptividade e em demonstração de total boa-fé por parte da empresa, conseguimos aumentar sensivelmente o percentual de improcedências nos casos em que, efetivamente, o cliente tinha um bom direito.

Em rigor, uma audiência de conciliação não é o momento adequado para se discutir profundamente o mérito da ação e se descobrir a quem, pontualmente, assiste razão, no caso, mas sim a oportunidade concedida às partes para, juntas, encontrarem uma solução justa e adequada para a respectiva demanda, sendo indispensável, neste sentido, que estejam preparadas para ceder em suas pretensões.

Se a conciliação exige, sobretudo, que os envolvidos cedam parte do seu direito em prol do fim do litígio, é preciso que os advogados que as representem (e os prepostos que representam as empresas) tenham conhecimento pleno dos autos e, especialmente, tenham autonomia para apresentar as propostas de acordos, nos casos analisados. Diz-se isso porque são muitas as situações em que, nas audiências de conciliação, os advogados, apesar de possuírem poderes para transigir, sequer consultaram os seus clientes sobre o interesse e a viabilidade de realização de acordo. Além de terem o dever de consultar os clientes quando é definida a audiência de conciliação, o profissional advogado também lhes deveria expor as vantagens e as desvantagens do acordo judicial.

Diante da recorrência dessa lacuna, não há como negar que o tema “conciliação” está em evidência e há um flagrante direcionamento do mercado para a busca de alternativas que possam facilitar a implementação, com sucesso, de algumas medidas que levem ao fortalecimento do instituto.

Fato é que sociedade, advogados, defensores públicos, juízes e promotores, embora não estejam totalmente preparados para enfrentar o assunto com maturidade, já começam a enxergar que a conciliação pode ser um importante caminho para o fortalecimento do Poder Judiciário e para o restabelecimento de sua credibilidade, em respeito ao nosso Estado Democrático de Direito.

Mas, afinal, o que precisa ser feito para que possamos prestigiar com mais vigor o princípio da conciliação?

A primeira ideia que surge para deslindar a questão aponta no sentido de que, antes de adotarmos qualquer medida de cunho processual, legislativo ou operacional, uma maior participação dos magistrados no enfrentamento do problema é de fundamental importância. Afinal, é deles parte da responsabilidade pela existência e duração de um cenário litigioso, na medida em que não há empenho na busca dos acordos judiciais.

O juiz, como condutor natural do processo, deve, sempre que possível, direcionar a sua atuação e esforços para a busca da conciliação e nunca tratar a demanda como uma situação exclusivamente contenciosa, na qual as duas partes buscam a própria defesa e, não raro, passam a atacar umas as outras. Para que isto não ocorra, é preciso que os magistrados enxerguem a conciliação como uma das principais soluções para o sistema e, desta forma, empenhem-se em tratar pessoalmente o assunto em seus cartórios, com medidas proativas e instruções que possam fomentar e difundir a ideia.

A conciliação, conforme previsto no artigo 125 do CPC, é medida que deve ser buscada pelo magistrado em qualquer momento do processo, sempre que possível. Trata-se, portanto, de dever do magistrado e não somente mera faculdade, cabendo-lhe, portanto, a adoção de métodos para a realização de acordos em processos que estejam não somente em fase de instrução, mas também em fase recursal e de execução.

No que se refere a algumas medidas de caráter legislativo, oportuno ressaltar que, atualmente, está em trâmite projeto de lei<sup>95</sup> que visa implementar um novo Código de Processo Civil e que, de certa forma, sugere algumas importantes mudanças para intensificar as medidas voltadas à realização de conciliações.

As medidas sugeridas pelo referido projeto estão em sintonia com a mais adequada concepção de constitucionalização do processo civil, especialmente por considerar como garantia fundamental o acesso à justiça, de forma mais ampla, ou seja, viabilização não somente de mecanismos de acesso ao Poder Judiciário, mas também garantia de uma prestação jurisdicional adequada, rápida e plena.

Dentre algumas medidas sugeridas pelo projeto, podemos destacar a intenção do legislador de qualificar como “auxiliares da justiça” os mediadores e os conciliadores judiciais<sup>96</sup>. E ela vem bem a calhar, pois, como é cediço, há atualmente uma absoluta deficiência de ordem estrutural a inviabilizar a condução das audiências de conciliação pelos magistrados, medida esta, como mencionado antes, ideal para agregarmos qualidade às tratativas.

---

<sup>95</sup> PLS 166/2010.

<sup>96</sup> Art. 129 do PL 166: “São auxiliares de justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria judicial, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador e o conciliador judicial”.

Diante do reduzido número de magistrados e da sobrecarga de trabalho a que estão submetidos, muitos juízos se utilizam de estagiários de direito, de serventuários de justiça e até mesmo de voluntários não remunerados para a condução dos trabalhos nas sessões de conciliação.

Embora, na maioria das vezes, esses profissionais atuem com muita boa vontade, em determinadas situações constatamos que não há um adequado comprometimento desses “conciliadores”, dificultando a busca de efetivos resultados por ocasião das audiências. Em sua maioria, são pessoas totalmente despreparadas para a prática da conciliação e, quando não remuneradas, mostram pouco comprometimento com os casos tratados.

Alisson Farinelli e Eduardo Cambi<sup>97</sup>, ao avaliarem o assunto concluíram que:

A inserção desses novos auxiliares pelo projeto de lei reforça a idéia de participação popular na administração de justiça. A aproximação das partes, com vistas ao diálogo, à negociação e à busca pelo consenso, auxiliados por um terceiro preparado para esse fim, aumenta o grau de legitimação do Poder Judiciário. Isto porque o acordo é formulado pelas partes, com a ajuda qualificada de um conciliador ou mediador, bem como com a chancela do juiz. Assim, uma justiça que prima pelo consenso mútuo produz resultados mais satisfatórios, considerando que a solução de conflitos, com o esteio em técnicas não adversariais, aponta para uma efetividade que, dificilmente pode ser alcançada pela via tradicional da imposição do direito nos casos concretos. Nestas situações, o processo, ao invés de pacificar os conflitos, acaba por fomentá-los. A participação popular na administração da justiça fortalece o poder judiciário, na medida em que credita ao processo missão pacificadora, resgatando as raízes democráticas do Estado de Direito.<sup>98</sup>

A profissionalização da atividade voltada para a conciliação judicial trará resultados positivos, uma vez que o juízo passará a contar com o apoio e a colaboração de profissionais muito mais dedicados e também com formação nas mais variadas áreas. Assim, aos poucos, e com o passar do tempo, poderemos ter

---

<sup>97</sup> FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, p. 227, abril de 2011.

<sup>98</sup> Sobre o projeto, concluem os autores que: “O projeto de lei é um passo importante na descentralização da justiça. Permite que outras pessoas se envolvam com a solução da controvérsia. Tira do juiz o papel exclusivo de buscar conciliar os litigantes. Isto é importante porque, não raro, o juiz, para não realizar o pré-julgamento da demanda, não bem exerce o papel de conciliador, optando por não interferir na solução pacífica do conflito, sob o pretexto de comprometer o princípio da imparcialidade. A verdade é que os juizes são, normalmente, preparados para proferir sentença e, por vezes, não é comum constatar o seu despreparo para conduzir a conciliação.”

sessões de conciliações com conciliadores cuja formação técnica esteja devidamente alinhada com a natureza do processo envolvido.

Assim, se a demanda, por exemplo, envolver uma situação litigiosa de direito de família, destacaríamos o processo para uma sessão de conciliação com conciliadores formados em psicologia ou assistência social. Se, por acaso, o processo envolver uma situação mais técnica e de difícil avaliação, pode-se destacar o caso para uma sala de conciliação com a presença de engenheiros, arquitetos, contadores ou outro profissional, a depender da matéria tratada.

Independentemente da natureza da demanda e da formação dos profissionais que exercerão a função de conciliadores, importante é que todos os envolvidos tenham treinamento especializado sobre como conduzir e desenvolver uma sessão de conciliação.

Além das noções técnicas voltadas para a conciliação, torna-se indispensável também o repasse de lições de direito a todos os profissionais, especialmente para que estes tenham também condições técnicas de alertar as partes sobre o procedimento jurídico e sobre as consequências judiciais no caso do prosseguimento do feito.

Outra medida que poderia ser aplicada para melhoria do sistema seria a implementação de estruturas e iniciativas próprias para cada tribunal de justiça, de acordo com a lei de organização judiciária de cada estado da federação.<sup>99</sup>

Já dissemos que o Brasil possui um território de grande dimensão territorial e, por tal razão, os métodos de conciliação e a estrutura direcionada para tal finalidade devem ser desenvolvidos de acordo com a realidade de cada estado-membro, especialmente, sintonizados com as características econômicas e sociais do jurisdicionado local. É fato, por exemplo, que um setor de conciliação criado para o atendimento da cidade de São Paulo não deverá utilizar os mesmos métodos de um setor de conciliação do estado do Amazonas.

A utilização de metodologias regionais para o incremento da prática da conciliação é uma necessidade aparente do sistema, o que não retira do nosso código processual civil a tarefa principal de nortear as premissas comuns do

---

<sup>99</sup> O PL 166 trata do tema no artigo 144, que estabelece que “cada tribunal pode criar setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição”.

processo, voltadas para a criação de momentos processuais (atos) que estimulem a obtenção de composição amigável da lide.

Nesse sentido, entendemos ser necessária a previsão, no CPC, de uma audiência prévia e obrigatória de conciliação, antes que seja efetivamente ajuizado o processo. Na prática, conforme já sustentamos, essa audiência poderia ser presidida por um conciliador judicial com prática e experiência no assunto demandado, a quem seria concedida a tarefa de demonstrar as consequências do litígio e também as vantagens da celebração de eventual acordo judicial.

Ao adotarmos o princípio da conciliação como método prioritário na solução dos conflitos, antes mesmo de instaurada formalmente a demanda, seria necessária, até mesmo para que possa servir de estímulo às partes, a criação de algum benefício econômico como incentivo oferecido pelo Estado aos jurisdicionados para os casos em que for possível a celebração do acordo.

Dessa forma, entendemos que, caso possa ser celebrado o acordo judicial antes de formalmente instaurado o processo, o Estado, por exemplo, a título de estímulo, poderia eximir as partes do pagamento de quaisquer custas judiciais. Por outro lado, se por qualquer motivo não for possível obter a conciliação na audiência prévia, todas as tratativas ali conduzidas deveriam ser reduzidas a termo e, uma vez prosseguido o processo, caso o litigante condenado não tenha colaborado nem ofertado qualquer proposta de acordo (ou proposta irrisória), na audiência prévia, o magistrado, ao julgar a lide, deveria levar tal fato em consideração e, desta forma, condenar o litigante sucumbente em quantia fixa a ser destinada a um fundo especial, que serviria para modernizar e custear os trabalhos da comissão prévia de conciliação.<sup>100</sup>

Nessa primeira fase, antecedente à instauração formal da demanda, não haveria a necessidade direta da atuação do magistrado, sendo direcionada a ele somente a tarefa de homologar os acordos celebrados, os quais constituiriam título executivo judicial.

Na hipótese de não ser celebrado o acordo, o setor de conciliação prévia do tribunal, imediatamente, remeteria a petição inicial à livre distribuição, para um

---

<sup>100</sup> O PL 166/2010 prevê no artigo 323 uma audiência de conciliação precedente à contestação do réu. Pelo disposto no projeto, esta audiência seria obrigatória, ressalvado o disposto no parágrafo 5º do mesmo artigo, ou seja, a audiência poderá ser dispensada quando as partes manifestarem expressamente o seu desinteresse na realização do ato. A audiência, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 323, será conduzida por mediador ou conciliador.

dos juízes competentes para processar e julgar a lide. À petição inicial seria adicionada a ata da audiência prévia e as tratativas infrutíferas feitas pelas partes.

Com a profissionalização da atividade a ser exercida pelo conciliador judicial, ideal também seria dar à tarefa uma conotação empresarial, concedendo aos conciliadores eventual remuneração adicional para o caso do atingimento de metas percentuais de acordos. Assim, dependendo do tribunal em que estiver locado o conciliador, poderiam ser fixadas metas que pudessem estimular economicamente aqueles conciliadores que mais tivessem êxito na celebração de acordos. Essa simples medida traria benefícios econômicos aos bons profissionais e repercutiriam em excelentes resultados estatísticos obtidos a título de acordos.

Essas são algumas ideias que julgamos importantes para promover a modernização do sistema, muito embora medidas iguais ou semelhantes a estas sejam efetivamente implementadas na nossa realidade, restando apenas contar com a efetiva colaboração e participação dos magistrados na condução do processo judicial, cuja premissa prioritária é o desenvolvimento de iniciativas proativas voltadas para a composição amigável da lide.

A principal responsabilidade pela necessária mudança de concepção da nossa sociedade, ainda partidária da cultura litigiosa, é dos magistrados. Nesse sentido, conforme previsto atualmente no CPC, inciso IV, do artigo 125, é dever do magistrado a busca pela conciliação entre as partes, em qualquer fase do processo. Bom lembrar que esta não é mera faculdade e sim dever do magistrado, não podendo tal atividade ser delegada para quem quer que seja, exatamente por não estarmos preparados tecnicamente para a realização de importante tarefa, com a maestria que é necessária.

Embora estejamos tratando da atuação participativa dos magistrados no fomento às medidas voltadas para a conciliação, não podemos deixar de mencionar que o problema não é exclusivamente uma questão que envolve a classe da magistratura. Entre os advogados, por exemplo, às vezes, há grande resistência para a realização das conciliações em casos que envolvem os respectivos clientes.

A máxima, dita nos corredores dos tribunais, de que “mais vale um acordo ruim do que uma sentença desconhecida”, nem sempre impera. O problema em questão está intimamente relacionado com a falta de previsibilidade das decisões judiciais, tópico que abordaremos mais adiante.

Na visão do advogado, em regra, não há nenhuma previsibilidade sobre o entendimento dos tribunais a respeito de determinada matéria, muitos decidem contar com a sorte e aguardar uma sentença de mérito sobre o caso, na expectativa de que a decisão do magistrado será favorável aos seus interesses.

Dessa forma, os advogados, especialmente aqueles que fixam seus honorários pelo modelo de êxito<sup>101</sup>, não são receptivos à celebração de acordos, pois sabem que, uma vez celebrado o acordo em questão, dificilmente receberão um percentual correspondente ao conteúdo econômico da ação.

Além de o acordo não ser economicamente viável para os advogados quando o contrato de honorários for firmado pela modalidade de êxito, melhor sorte não assiste aos casos em que há exclusiva previsão de pagamento de honorários sucumbenciais. Isso porque, quando celebrado um acordo em determinado processo, durante a fase de instrução (antes da prolação de sentença) dificilmente as partes envolvidas concordarão em incluir no termo de acordo qualquer previsão de pagamento dos honorários aos seus patronos. Muitas vezes, não há um alinhamento entre as partes litigantes e seus advogados e, quando é celebrado acordo nesta fase, estipula-se o seguinte termo padrão: “cada parte arcará com os honorários de seu advogado”.

Em verdade, ao iniciar as tratativas para a celebração de acordo, o advogado sempre entende que será mal remunerado e os demandantes, por outro lado, quando não muito instruídos, entendem que não será devida qualquer quantia aos seus advogados. É um impasse aparentemente sem solução.

Essa intransigência de ambas as partes acaba por criar mais um obstáculo ao sistema. Por tal razão, na classe dos advogados, não vemos grandes aliados para a quebra desse paradigma, pois na maioria das vezes encaram os seus processos como se fossem verdadeiros “bilhetes de loteria”, ou seja, investem tempo e trabalho na condução das ações, pois sabem que no final do processo lhes será devida uma melhor quantia a título de honorários (contratuais) e também sucumbenciais.

---

<sup>101</sup> É praxe, no meio jurídico, a fixação de honorários advocatícios a título de êxito. Assim, dependendo do conteúdo econômico da causa e de sua complexidade, os advogados firmam contrato com seus clientes com previsão de remuneração percentual de acordo com o valor que seu cliente deixar de pagar (quando este estiver no pólo passivo da demanda) ou de acordo com o benefício econômico que seu cliente conseguir obter (quando este for autor da demanda).

Se avaliarmos o tema pelo prisma econômico, veremos que todo processo judicial, quando ajuizado, envolve determinados riscos financeiros. Dessa forma, a não ser que haja alguma situação real em que a demanda seja flagrantemente improcedente, sempre será interessante para as partes conjeturar uma solução amigável para a lide.

Além dos riscos financeiros que decorrem de uma eventual condenação em uma demanda, há também os custos indiretos que decorrem naturalmente da condução do processo. Assim, para a condução de processos judiciais, as partes envolvidas terão de arcar com o custo dos honorários advocatícios, custas processuais, deslocamento para a realização de audiências e diligências, eventual perícia etc.

Há, por fim, um custo emocional envolvido nos litígios, que, embora de difícil mensuração financeira, pode ter valor de grande expressão para a manutenção da paz social, dentro do contexto do nosso Estado Democrático de Direito. O fato de o Estado intervir na solução de determinado litígio não significa que aquele litígio necessariamente foi resolvido, pois muitas vezes a vontade soberana do Estado é imposta de forma coercitiva às partes, o que não permite a plena pacificação social. Melhor seria, nesse sentido, que as partes, com o apoio técnico do Estado, pudessem pessoalmente chegar a uma solução para a controvérsia, mediante a conciliação espontânea e não coercitiva. Nessa segunda situação, provavelmente estaríamos colaborando para a manutenção da paz social.

A título de conclusão, para que possamos quebrar o paradigma da litigiosidade e prestigiar o princípio da conciliação em nosso ordenamento jurídico, torna-se necessária e importante não só uma mudança radical na postura dos magistrados durante a condução do processo, mas também uma maior conscientização de toda a sociedade (inclusive advogados, defensores públicos e promotores) sobre o assunto.

Além dos aspectos conceitual e metodológico envolvidos, ideal também que se operassem mudanças legislativas a respeito, bem como o fortalecimento da atividade exercida pelos tribunais estaduais, com o desenvolvimento de medidas direcionadas e específicas para a realidade de cada estado da federação.

## 2.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A NECESSÁRIA BUSCA DA VERDADE REAL

Em busca do desenvolvimento de um modelo mais participativo, passaremos a avaliar alguns aspectos referentes à atuação dos magistrados no processo civil brasileiro. Metodologias e medidas de condução do processo que permitem maior efetividade do sistema e se traduzem em resultados mais expressivos no que tange a eficiência, credibilidade e celeridade da prestação jurisdicional.

Assim, para que seja possível a configuração do processo civil de acordo com os preceitos que norteiam o nosso Estado Democrático de Direito, é relevante reavaliarmos a conduta dos magistrados na condução do processo judicial. Afinal, qual seria o papel dos magistrados no bojo do processo? Como deverão ser exercidos os poderes instrutórios do juiz nas causas de sua competência?

Respostas a essas perguntas, e outras mais, tentaremos apresentar no presente capítulo, sabedores de que, como principal sujeito do cenário processual, o juiz não poderá exercer mera posição de coadjuvante.

Como é cediço, o nosso ordenamento processual adotou como premissa básica de atuação do Poder Judiciário a tomada de decisões judiciais pautadas no livre convencimento motivado dos magistrados. Dessa forma, sempre que instaurada uma demanda litigiosa, as partes e o juiz deverão empenhar todos os esforços necessários para a busca da verdade real, mediante a produção das provas<sup>102</sup> e dos elementos capazes de embasar as decisões judiciais.

---

<sup>102</sup> Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flavio Correia de Almeida definem prova da seguinte forma: “Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes. É instituto tipicamente processual embora haja certa dose de discussão na doutrina a esse respeito), pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais, embora o Código Civil tenha tangencialmente cuidado da matéria, como por exemplo, quando prevê que a prova do pagamento dá quitação. Mas é de todo evidente que essa prova só adquire integral relevância jurídica, e autoridade de intervir na esfera de disponibilidade do ser humano, quando a dívida é questionada em juízo e a sentença afirma ser ou não a quitação válida, mediante a prova que tenha sido produzida. Assim, conceitua-se prova como instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica do objeto da atuação jurisdicional”.(Curso avançado de processo civil. 10. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. v. I, p. 450).

No curso do processo, são vários os momentos em que o magistrado exerce a atividade cognitiva, sendo esta desempenhada com mais ou menos profundidade, a depender do caso e do momento processual em questão.

Kazuo Watanabe<sup>103</sup> apresenta as possíveis classificações para a atividade cognitiva. Relativamente às matérias apreciadas pelo juiz, fala em cognição horizontal. No plano vertical (quanto ao momento da prolação da decisão), a cognição pode ser superficial, sumária ou exauriente. Cognição superficial se dá nas situações em que o juiz é forçado a decidir quase que instantaneamente porque o *periculum in mora* é grande e não há tempo para as diligências complementares. Na cognição sumária, o juiz possui ao menos alguns elementos que possam conceder à decisão judicial um pouco mais de consistência. Por fim, na cognição exauriente, o magistrado já possui todos os elementos capazes de propiciar a formação do seu convencimento.

A exigência de prolação de decisões amplamente fundamentadas é uma realidade que decorre naturalmente do modelo constitucional e jurisdicional pátrios, e que está intimamente relacionada com o nosso sistema democrático. Afinal, essa é uma regra de fundamental importância para que tenhamos decisões que possam ser respeitadas por todos os jurisdicionados e, por tal razão, garantam credibilidade ao Poder Judiciário.

O princípio da fundamentação das decisões judiciais está consagrado na Constituição Federal<sup>104</sup> e também no CPC<sup>105</sup>, e garante, ao menos em tese<sup>106</sup>, a construção de decisões judiciais bem estruturadas e com elementos probatórios que

---

<sup>103</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. p. 212.

<sup>104</sup> Art. 93, IX, da CRFB: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

<sup>105</sup> Art. 165 do CPC: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no artigo 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

<sup>106</sup> Diga-se “em tese”, pois hoje vivemos uma crise de qualidade das decisões judiciais. Logicamente, não podemos generalizar, mas há nítida constatação de que o Poder Judiciário, devido à falta de estrutura física e de profissionais, está com uma baixa capacidade de resposta a todas as demandas que surgem, o que faz com que os magistrados tenham que adotar medidas para o fim de acelerar a marcha processual. Nesse sentido, ao terem como foco a produtividade, é inevitável que tenhamos uma menor qualidade das decisões judiciais, o que significa a absoluta ineficácia das fundamentações. No exercício da advocacia, não raro, deparamo-nos com inúmeras decisões judiciais que se limitam a transcrever e a citar dispositivos legais, como se isso fosse suficiente para fundamentá-las. Estamos vivendo, assim, uma crise de qualidade e de estrutura do Poder Judiciário, o que fragiliza de forma insuperável o nosso modelo de justiça.

possam transparecer maior legitimidade e aceitabilidade dos comandos jurisdicionais por parte da sociedade. Quanto mais consistentes e fundamentadas as decisões, mais saudável e valorosa será a atuação jurisdicional.

O juiz, portanto, tem o poder-dever de conduzir a instrução do processo. Esse “poder”, genericamente falando, é desmembrado em vários outros poderes e está traduzido, basicamente, em dois dispositivos legais do nosso CPC, nos artigos 130 e 131:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Como se vê, ao juiz não é permitido julgar somente com as suas impressões pessoais, mas sim deverá formar a sua convicção de acordo com os elementos presentes nos autos. Além disso, após a formação do seu convencimento, cumpre ao magistrado desenvolver uma fundamentação sólida, explicando de forma detalhada os motivos que o levaram àquela decisão.

Se, por um lado, as iniciativas das partes já são muito conhecidas e bem definidas pelo nosso ordenamento processual, por outro, na doutrina e na jurisprudência muito se discute sobre os limites impostos aos magistrados na produção da prova.

Pois bem. Antes de adentrarmos em seara tão importante, lembramos que o CPC, inobstante a controvérsia que cerca a existência ou não de limites impostos aos poderes instrutórios dos magistrados, prevê, no artigo 333, uma regra geral de distribuição do ônus da prova. De acordo com referida regra, cada parte tem o dever e o ônus de demonstrar em juízo os fatos que afirmam ser verdadeiros, de forma a garantir ao magistrado os elementos necessários à formação de seu convencimento. Reza o citado artigo 333 que incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Na atualidade, muitos questionamentos são feitos para se descobrir se a regra imposta pelo artigo 333 possui ou não natureza absoluta.

Conforme ensinam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>107</sup>:

A sociedade e o direito material, consoante se observou, encontram-se em intensa transformação, razão pela qual a regra geral disposta no art. 333 do CPC, concebida para a realidade existente na década de 1970, não pode ser aplicada de modo inflexível, a qualquer hipótese, como se os sujeitos da relação jurídica se encontrassem, sempre, em condições de igualdade. Diante disso, excepciona-se a regra disposta no art. 333 do CPC e permite-se a distribuição dinâmica do ônus da prova quando, presentes certas circunstâncias, uma das partes estiver em melhores condições de produzir a prova que outra. Dá-se, no caso, a distribuição dinâmica do ônus da prova. O Art. 6º, VIII, da lei 8.078/1990 consagra, textualmente, o princípio. Decidiu-se, sob este prisma, que 'deve o juiz sopesar a valia das provas, de modo a não impor à parte encargos de desempenho impraticável'.<sup>108</sup>

Embora o nosso ordenamento jurídico não preveja a possibilidade de flexibilização, entendemos que esta é uma tendência moderna que, inevitavelmente, deverá ser inserida no sistema.

A providência de distribuição dinâmica das provas deve ser adotada pelo magistrado em busca da verdade real<sup>109</sup>, e as partes, em respeito ao princípio da colaboração, não podem furtar-se de colaborar com o magistrado durante a fase instrutória, ante o exclusivo argumento de que o comando judicial simplesmente não estaria de acordo com a regra do artigo 333 do CPC.

No que tange aos poderes instrutórios do magistrado, Alexandre Freitas Câmara<sup>110</sup>, em elucidativa análise de direito comparado sobre o mesmo assunto, lembra que há no mundo basicamente dois modelos: de um lado, ordenamentos

<sup>107</sup> MEDINA, Jose Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. Parte geral e processo de conhecimento. Local: Revista dos Tribunais, 2009. v. I. p. 209-210.

<sup>108</sup> "Note-se que, operando-se a distribuição dinamicamente, pode suceder que, no curso do procedimento, o ônus se transfira de uma parte para outra. Assim, em princípio, o ônus da prova em ação de investigação de paternidade pertence ao autor. Negando-se, no entanto, o réu a submeter-se ao exame de DNA, considera a jurisprudência que neste caso deve ser invertido o ônus da prova (cf. Súmula 301 do STJ)".

<sup>109</sup> O STJ, ao interpretar o art. 130 do CPC, consagrou o entendimento de que "a iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.012.306/PR. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em 28.04.2009. Publicado em DJe em 07.05.2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5139756&num\\_registro=200702877324&data=20090507&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5139756&num_registro=200702877324&data=20090507&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

<sup>110</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e do processo civil democrático. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 153, nov. 2007. p. 215-216.

jurídicos que não atribuem ao juiz qualquer poder de iniciativa probatória, de outro, ordenamentos que atribuem ao juiz (em maior ou menor medida) tal poder.

O modelo norte-americano, por exemplo, adota o sistema denominado “*adversary*”, no qual o juiz é passivo e não pode desenvolver iniciativas probatórias. Nos sistemas da Alemanha e da Suíça, o juiz tem amplos poderes de iniciativa instrutória. A França<sup>111</sup> é um dos países que mais se destacam nesse sentido, exatamente por possuir um modelo arrojado, em que a participação do magistrado na fase instrutória é de grande relevância. Na Itália, o ordenamento atribui ao juiz poderes instrutórios, mas estes são limitados. A formação desse modelo foi necessária exatamente para que se pudesse evitar o cometimento de abusos, especialmente dar um caráter inquisitivo para o processo civil.

Quanto ao Brasil, podemos dizer que o Código de Processo Civil de 1939, inspirado em experiências estrangeiras, embora em sua exposição de motivos tenha tratado detalhadamente sobre a necessidade de se reavaliar a atuação dos magistrados no âmbito do processo, para que estes pudessem ter uma conduta mais ativa e participativa, não trouxe, na prática, muitos novos elementos que pudessem fomentar, à época, essa tendência.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> O artigo 10 do *Nouveau code de procédure civile* estabelece: “Art. 10. *Lê juge a lê pvoir d’office toutes les mesures d’instruction, légalement admissibles.*”

<sup>112</sup> Nesse sentido, oportuno transcrever ilustrativo trecho da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973: “O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessária ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de GIUSEPPE CHIOVENDA, ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se apresenta e personifica. Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juízes na Inglaterra; esta a situação pleiteada para eles, nos Estados-Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual. Eis o que a este respeito escreve W. F. Willoughby, diretor do ‘Institute for Government Research’, no livro em que estudou a fundo os defeitos da processualística americana e as urgentes reformas que está a exigir: ‘Entre esses princípios básicos, nenhum é de importância mais fundamental do que o do papel a ser desempenhado pelo juiz na condução do processo no tribunal. Concretamente, a questão

No que tange ao CPC de 1973, podemos dizer que hoje há duas grandes vertentes doutrinárias a respeito. A primeira corrente, de forma cautelosa e conservadora, prefere direcionar exclusivamente às partes a responsabilidade pela produção das provas. A segunda, mais moderna e, quiçá, mais adequada à realidade brasileira, conta com a atuação mais participativa dos magistrados na condução da fase instrutória, especialmente nas iniciativas voltadas para a busca da verdade real, inclusive com a possibilidade de desenvolvimento de algumas iniciativas investigatórias.

Sobre a primeira corrente doutrinária, mais conservadora e tradicional, tivemos a oportunidade de, no capítulo anterior, tecer breves considerações acerca da sistemática processual brasileira atual. Pudemos constatar que o legislador do nosso Código de Processo Civil buscou a preservação de institutos eminentemente técnicos, ou seja, o desenvolvimento de um sistema processual rígido, sem que as partes e o próprio magistrado tivessem a oportunidade de adaptar a legislação aos casos concretos e, assim, desenvolver iniciativas pessoais para a colheita das provas.

Bem por isso, os preceitos técnicos estabelecidos no atual CPC acabaram por legitimar a doutrina mais conservadora<sup>113</sup>, que buscou, em vários argumentos, o conforto necessário à preservação das regras ordinárias de instrução probatória. Com a rigidez do sistema e o tecnicismo processual do CPC de 1973,

---

apresentada, é se o juiz deve assumir a efetiva responsabilidade de verificar que todos os fatos estejam plenamente e convenientemente aduzidos, e, quando intervém o júri, de o aconselhar e auxiliar na ponderação desses fatos, ou se ele deve restringir suas funções às de um simples moderador, com o dever de observar se as regras da lide são devidamente observadas pelas partes litigantes ou da alternativa ora apresentada. A decisão que a respeito se tornar determina todo o caráter do procedimento judicial. De um modo geral, pode-se dizer que a Inglaterra segue o primeiro sistema e os Estados-Unidos, o segundo. Na Inglaterra, o juiz tem o controle de todas as fases do processo” (Principles of Judicial Administration, p. 45). Entre os dois sistemas, o que atribui ao juiz o poder e a responsabilidade na direção do processo e o que reduz o juiz a mero espectador da ordália judiciária, qual o recomendado por Willoughby? Aí vão as suas palavras: “Quanto aos méritos relativos dos dois sistemas, não pode haver dúvida. O sistema inglês está certo, o americano errado. Tanto a teoria quanto a experiência o demonstram. Em princípio, recai sobre o governo o dever positivo de verificar que justiça seja feita, e ele falta ao seu dever se o desfecho for deixado à mercê da relativa habilidade com que os litigantes conduzirem o pleito. Em geral, a idéia de um duelo judiciário, que está na base do sistema do processo judicial nos Estados-Unidos, é radicalmente errada”. (Apud CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939**. 24 julho 1939. Disponível em: <<http://devido-processo-legal.blogspot.com/2011/08/exposicao-de-motivos-do-codigo-de.html>>. Acesso em: 8 mar. 2012.

<sup>113</sup> Aquela que não vê com bons olhos uma atuação mais participativa dos magistrados na produção da prova.

aceitamos naturalmente a postura menos arrojada dos magistrados, o que impediu uma melhor e mais participativa condução do processo.

Houve, assim, uma natural absorção da ideia de que as iniciativas probatórias não são devidas aos magistrados, mas tão somente às partes interessadas. Dos magistrados, exige-se uma posição de mero expectador na instrução do processo, situação que não se filia com o nosso modelo político de democracia participativa, no sentido de que deverá haver um alinhamento entrosado de todos os entes envolvidos para uma maior eficiência do sistema. Mais do que isso, ao considerarmos os magistrados como meros “expectadores” do processo, não teremos qualquer preocupação com a qualidade das decisões judiciais, circunstância esta que envolve diretamente questão de interesse público, que se sobrepõe aos interesses privados das partes.

João Batista Lopes<sup>114</sup>, em importante estudo sobre o tema, lembra que a doutrina tradicional sempre conferiu papel menos importante ao juiz na produção da prova, sendo certo que os estudos sobre o ônus da prova procuram pôr em relevo que a tarefa da instrução probatória incumbe às partes, cabendo ao juiz tão somente a verificação e a valoração dos elementos carreados aos autos<sup>115</sup>. O autor reforça, fazendo referência a doutrinadores mais antigos, que o juiz não deve assumir o papel de investigação da verdade dos fatos, sendo seu dever limitar-se aos elementos fornecidos pelas partes nos autos do processo. Essa limitação, no entendimento da corrente doutrinária mais conservadora, é necessária para o fim de permitir a preservação do princípio dispositivo.

Citando Joan Picó Junoy<sup>116</sup> aponta como notas essenciais a esse princípio, as seguintes: a) o início da atividade jurisdicional depende de provocação da parte; b) a determinação do objeto do processo compete somente aos litigantes; c) as decisões judiciais devem ater-se às pretensões das partes (*ne eat iudex ultra* (ou *extra*) *petita partium*); d) a possibilidade de finalização da atividade jurisdicional deve ser adotada por vontade das partes.

---

<sup>114</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73.

<sup>115</sup> Conforme veremos mais adiante, João Batista Lopes tolera a possibilidade de determinação da produção de provas de ofício pelos magistrados, contanto que essas provas sirvam exatamente para a complementação dos elementos trazidos aos autos pelas partes, não sendo tolerado o exercício de poderes investigatórios. (**A prova no direito processual civil**, p.73).

<sup>116</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba em el proceso civil**. Barcelona: Bosch, 1986. p. 212.

Além do entendimento de que o exercício da atividade instrutória<sup>117</sup>, pelo magistrado, violaria o princípio dispositivo, entre todos os fundamentos trazidos por esta corrente doutrinária, diga-se, desde já, que o mais relevante de todos é o que sustenta que o aspecto mais “participativo” do magistrado durante a instrução probatória violaria também o princípio da imparcialidade do juiz.

Como sabemos, a imparcialidade do juiz é um componente do próprio direito de acesso à justiça, ou seja, a demanda submetida ao Poder Judiciário deve ser apreciada por um sujeito equidistante das partes e sem qualquer interesse no julgamento da causa.

Montero Aroca<sup>118</sup>, utilizando-se dos ensinamentos de Wach, esclarece que a verdadeira concepção de imparcialidade exige que o magistrado não utilize a sua atividade para favorecer, ainda que subjetivamente, qualquer uma das partes. Exige-se, portanto, que a condução do processo seja pautada exclusivamente em observância aos aspectos objetivos e jurídicos, de modo que questões subjetivas não possam influenciar a decisão.

Segundo a doutrina que defende a atuação “subsidiária e acessória” dos magistrados na fase instrutória, qualquer iniciativa voluntária destes no sentido da colheita dos elementos necessários à formação do seu convencimento poderia direcionar a instrução do processo em favor de uma ou de outra parte, o que viciaria a imparcialidade.

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos<sup>119</sup> já sustentou o seguinte:

---

<sup>117</sup> De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, Teresa: “[...] desaparece, segundo esse ângulo de análise, a subsidiariedade da atividade judicial no âmbito instrutório. O curioso é que, em nome também dos princípios da igualdade e da imparcialidade, que inspiram a outra visão, entendidos, porém, de outro modo. Diante de um quadro em que se tem em conta a problemática do acesso à Justiça, tem-se necessariamente, como dado indiscutível, a eventual e até frequente condição de desigualdade que possa haver entre os litigantes. O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um expectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais, partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob esse ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque é economicamente mais favorecida que a outra. [...] Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova”. (Reflexões sobre o ônus da prova. **RePro**. 76/141, DTR 1994\418, p. 141-145, 1994. p. 145, especialmente p. 142).

<sup>118</sup> AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 187.

<sup>119</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 351.

Cumpra observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa.

Pela concepção do citado doutrinador, há a definição de uma postura meramente “supletiva” dos magistrados em relação à postura a ser adotada pelas partes, o que sugere que os magistrados não devem ser considerados propriamente os “condutores” do processo, mas sim meros coadjuvantes na fase instrutória, cuja função se resume à valoração dos elementos trazidos aos autos pelas partes. Por seu turno, o juiz, de ofício, apenas poderia complementar a instrução quando entender necessário para suprir alguma “lacuna” que não tenha sido propriamente esclarecida pelas partes.<sup>120</sup>

Trata-se, portanto, a imparcialidade, de característica que indica até mesmo certa indiferença do magistrado sobre o resultado a ser obtido no caso concreto. Bem por isso, a doutrina tradicional sugere que às partes cabe a função (dever-poder) de dar ao processo o ritmo que entenderem pertinente, sendo certo que, ao magistrado, restará o dever de interpretar os elementos trazidos por iniciativa das partes e decidir a lide conforme o seu convencimento, mediante consistente fundamentação.

A imparcialidade nada mais é do que uma característica de natureza pessoal, segundo a qual o exercício da atividade jurisdicional, pelos magistrados, não deve ter foco em uma ou em outra parte, sendo necessária a total desvinculação da atividade cognitiva com relação ao resultado que dela será obtido. O que importa, desta feita, é que o magistrado não tenha nenhuma preocupação com o efetivo resultado da sua atividade, sendo esta exercida com a única finalidade de formação do seu próprio convencimento; este, sim, imparcial.

A preocupação com a manutenção do status de imparcialidade dos magistrados no curso do processo está intimamente relacionada também com o cuidado em se respeitar o princípio da isonomia. Por tal razão, ao considerar que a fase instrutória do processo deva ter o ritmo ditado pelas partes, a doutrina

---

<sup>120</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, p. 351.

tradicional quer impedir que o juiz tenha iniciativas que, por sua natureza, poderiam ser adotadas naturalmente por uma ou outra parte interessada.

Vicente Greco Filho<sup>121</sup>, também defendendo uma atuação mais modesta dos magistrados durante a fase instrutória e preocupado em preservar o princípio da isonomia, posiciona-se da seguinte forma:

Assim, conclui-se que não pode o juiz substituir a iniciativa probatória, que é própria de cada parte, sob pena de estar auxiliando essa parte e violando a igualdade de tratamento que elas merecem. A atividade probatória do juiz não pode substituir a atividade de iniciativa das partes. Para não inutilizar o dispositivo resta interpretar que o juiz, na verdade, poderá determinar provas, de ofício, nos procedimentos de interesse público, como, por exemplo, os de jurisdição voluntária, e nos demais processos, de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando a prova produzida foi insatisfatória para o seu convencimento. Isso ocorreria, por exemplo, após uma perícia requerida pela parte, no tempo e no local devido, e que fosse inconclusiva, podendo, pois, o juiz, determinar de ofício nova perícia. Afora esses casos excepcionais, não pode o juiz tomar a iniciativa probatória, sob pena de violar o sistema da isonomia, e sob pena de comprometer-se com uma das partes extinguindo, com isso, o requisito essencial da imparcialidade.

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>122</sup>, ao tratar sobre a possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz, esclarecem que:

Não há dúvida de que o juiz, para formar a sua convicção, pode determinar prova de ofício. Isso, porém, não significa que a participação de ofício do juiz se dirija à busca da verdade. O objetivo da produção da prova de ofício é o de possibilitar ao juiz, quando as provas produzidas pelas partes lhe parecem insuficientes, a elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação da sua convicção sobre o mérito. Não é preciso dizer que essa forma de atuação do juiz, ainda que bem-vinda, não pode ser vista como um remédio milagroso, até porque a prova de ofício apenas pode ser determinada em casos muito específicos, isto é, basicamente em relação às provas periciais, pois é quase impossível ao juiz conhecer a existência de documentos ou testemunhas que possam servir para esclarecer os fatos. Diante dessa participação, confere-se ao juiz o poder de influir diretamente sobre o resultado da decisão. Esse poder, contudo, é absolutamente natural, pois, antes de atuar sobre a decisão, é fundamental para a devida formação do seu

---

<sup>121</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 227-228.

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

convencimento, que é imprescindível para a definição do litígio. Deste modo, a prova de ofício não se destina à descoberta da verdade, mas apenas a suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência de produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação de seu convencimento para o julgamento do mérito.

A segunda corrente doutrinária, mais progressista<sup>123</sup>, conforme verificamos, ganhou impulso em virtude dos vários estudos realizados acerca da efetividade do processo e, também, sobre as concepções instrumentalistas e participativas da atividade jurisdicional. Desta feita, permite-se uma atuação mais dinâmica do magistrado durante a fase instrutória, de forma que possa adotar iniciativas próprias para a reunião dos elementos necessários à formação do seu convencimento<sup>124</sup>.

Há, nesse sentido, uma nova interpretação do princípio dispositivo<sup>125</sup>, sendo Mauro Cappelletti um dos principais percussores dessa nova tendência, conforme menciona João Batista Lopes<sup>126</sup>:

Papel de relevo na reformulação do princípio dispositivo teve CAPPELLETTI, que, procedendo a verdadeira revisão do princípio

<sup>123</sup> Nesse sentido, importante conhecer o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque, Mauro Cappelletti e Sergio Alves Gomes. Todos são partidários da ideia de que o magistrado deverá ter uma atuação mais dinâmica na fase instrutória.

<sup>124</sup> “O Juiz não está circunscrito às provas propostas pelas partes. Pode não as admitir, porque desnecessárias, impossíveis ou protelatórias, como também determinar, até de ofício, a produção de outras. [...] Há quem sustente que o juiz deve agir apenas subsidiariamente, de forma complementar, supletivamente à atividade normal das partes, que têm, cada qual, o ônus da prova dos fatos alegados. No entanto, cremos que os poderes instrutórios do juiz permitem uma postura mais ativa e interventiva do Juiz, deixando de lado a posição de mero expectador dos atos das partes.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da proibição da prova ilícita. In: \_\_\_\_\_; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. (Orgs.) **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2008. p. 193-214.

<sup>125</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**. Um terceiro enigmático, p. 59, nota 34). O autor, a propósito, anota: “Essa observação não é nova na literatura processual. Piero Calamandrei já via, no CPC italiano de 1942, uma série de atenuações ao princípio dispositivo – mormente com relação à iniciativa probatória – a ponto de afirmar que *‘El viejo aforismo que imponía al juez decidir ‘secundum allegata et probata partium’ permanece, pues, intacto, solo en lo que se refiere a los ‘allegata partium’, que constituyen siempre el limite insalvable de la declaración de certeza del juez; pero, com respecto a los ‘probata partium’, el nuevo proceso disminuye notablemente su importância, em cuanto confiere al juez, em proporción mucho más amplia que el viejo código, el poder de encontrar por si, sin esperar sugerencia de las partes, los medios más idoneos para alcanzar la verdad’* (Instituciones de derecho procesal civil, I, p. 408).” (“O velho ditado que obrigava o juiz a decidir *‘secundum allegata et probata partium’* permanece intocado, em seguida apenas como se consideram *‘allegata partium’*, que são sempre os limites intransponíveis da decisão do juiz, contudo sobre o *‘probata partium’*, o novo processo reduz significativamente a sua importância, na medida em que se concede ao juiz. em proporção muito maior que o código anterior, o poder que existe por si só, sem possibilidade de sugestão das partes, os meios idôneos para alcançar a verdade. [Tradução nossa]”).

<sup>126</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**, p. 73.

em questão, defende o que denomina 'direção material do processo', em substituição à 'direção formal do processo'. A posição desse eminente processualista italiano pode ser assim sintetizada: a) o princípio dispositivo, em sua moderna configuração, significa apenas que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz. b) a iniciativa das provas não é privativa das partes, podendo o juiz determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos; c) o juiz, a par das funções próprias de diretor formal do processo, exerce um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo no sentido de permitir que as partes esclareçam suas alegações e petições, a fim de ser assegurado um critério de igualdade substancial delas.

Na concepção de Mauro Capelletti<sup>127</sup>, o princípio dispositivo está limitado ao impulso inicial do processo e às alegações que darão ensejo ou não à tutela do direito material. Assim, a fixação da pretensão do direito discutido na demanda (direção material do processo) cabe às partes, enquanto a condução do processo em si é tarefa do juiz (direção formal).

Contudo, mais adequado seria considerarmos uma atuação mais proativa e até mesmo investigatória dos magistrados no âmbito do processo cognitivo, pois este tipo de iniciativa é coerente com o ideal de processo participativo e democrático, não se mostrando, de forma alguma, como afronta a outras garantias fundamentais do processo.

Contrário ao nosso pensamento, João Batista Lopes<sup>128</sup> diz que:

Temos para nós que a interpretação literal e isolada do art. 130 pode acarretar distorções como a de considerar o juiz um investigador de provas. Em princípio, às partes incumbe o ônus da prova, e a ausência de demonstração dos fatos como corolário a improcedência do pedido, e não a incidência do artigo 130. Assim, por exemplo, se o autor não prova o acidente, em ação de indenização por perdas e danos, não cabe ao magistrado suprir a omissão com a requisição de informações ao departamento de trânsito. Por igual, se o autor não arrola testemunhas para provar a alegação de esbulho não toca ao magistrado sair à procura delas, podendo, contudo, ouvir testemunhas referidas nos autos. Em verdade, a regra do art. 130 não tem o elástico pretendido por alguns, mas deve ser interpretada *cum grano salis* [...].

Fato é que, o disposto no artigo 130 do CPC, ao contrário do que sustenta o citado autor, deve ser interpretado de forma extensiva de modo a viabilizar a busca

---

<sup>127</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**, p. 73.

<sup>128</sup> LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 330 do CPC. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 716, jun. 1995. p. 41.

da verdade real, elemento de grande valor para o nosso sistema de processo constitucional. Assim, vemos que o princípio dispositivo<sup>129</sup>, que em sua concepção pura e real está intimamente relacionado ao princípio da demanda, quando interpretado de forma extensiva limita os poderes do magistrado e, especialmente, impede que este exerça a sua função de buscar a verdade, seja determinando a produção de alguma prova de ofício, ou até mesmo investigando por iniciativa própria determinado fato.

Portanto, pode-se inferir que o princípio dispositivo, no processo civil moderno, não traz mais em seu bojo a ideia de verdade formal obtida com a atividade das partes. Ao contrário, prestigia o princípio da verdade real como escopo primário do processo, restando à verdade formal uma atuação subsidiária, ou seja, apenas quando for impossível atingir a verdade real, seja pela atividade das partes, seja pela atividade do juiz.

No que tange à suposta alegação de que a atividade investigatória dos magistrados violaria o princípio da isonomia, deve ser ressaltado que o princípio da isonomia decorre da Constituição Federal (artigo 5º, *caput*, e o inciso I) e prevê, de forma sucinta, que todos são iguais perante a lei.

Transportando-se esse conceito para o bojo do nosso processo civil, significa dizer que os litigantes devem receber do magistrado tratamento igual, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Entendendo que as iniciativas pessoais dos magistrados na produção da prova não ferem o princípio da isonomia, importa ressaltar que, na hipótese de existir algum confronto entre princípios, há um compromisso maior dos magistrados com a verdade real do que com a isonomia. Assim, quando, em uma fase instrutória,

---

<sup>129</sup> “Outro dever do juiz moderno é o de ter iniciativas probatórias em certos casos e em alguma medida. A visão tradicionalista do processo, com exagerado apego àquela ideia de um jogo em que cada um esgrima com as armas que tiver, levava à crença de que o juiz, ao tomar alguma iniciativa de prova, arriscar-se-ia temerariamente a perder a imparcialidade para julgar depois. Tal era o fundamento do princípio dispositivo, naquela visão clássica segundo a qual só as partes provariam e o juiz permaneceria sempre *au-dessus de la mêlée*, simplesmente recebendo as provas que elas trouxessem, para afinal examiná-las e valorá-las. Mas a vocação solidarista do Estado moderno, que não permanece naquele *laissez faire, laissez passer* da filosofia liberal, exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável do drama judiciário, não mero figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado como instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não um negócio em família (Liebman).” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I. p. 223.

o magistrado, utilizando-se da sua sensibilidade, percebe que o seu convencimento poderá ser formado mediante a produção de determinada prova, deverá, automaticamente, e quase que de forma instintiva, buscar a prova, mesmo que a parte interessada não o tenha feito.

É lógico que, no curso do processo, deverá haver uma preocupação constante de manutenção da isonomia (paridade de armas) entre os litigantes, mas o juiz possui o poder-dever de buscar a melhor solução para a lide, ou seja, uma solução justa e bem fundamentada, nem que para isto signifique adotar determinada providência processual que, em tese, seria de responsabilidade de uma ou de outra parte.

O princípio da isonomia, portanto, deve ser analisado em conjunto com o princípio da verdade real e em sintonia com o legítimo escopo do processo civil, que é servir como instrumento para a materialização da jurisdição. Além disso, o que importa para a manutenção do princípio da isonomia é que este tipo de iniciativa probatória do magistrado, quando necessário para a busca da verdade real, venha a ser solicitado a qualquer uma das partes, a depender da circunstância do caso concreto.

Em uma demanda litigiosa, somente há “favorecimento” a uma das partes quando, por óbvio, houver “prejuízo” à outra. Ao tomar a frente de determinada iniciativa instrutória, vale ressaltar, o magistrado ainda não sabe qual será o resultado efetivo daquela sua medida, o que significa não haver violação à isonomia. Pensar o contrário seria defender a utilização do processo civil como estratégia e retroceder para uma situação na qual cada parte cuidará do seu interesse e o juiz, inerte e sem curiosidade, apenas avaliará quem tem o melhor direito. De fato, não é isso que queremos.

Por fim, apenas para demonstrar que não se justifica, no nosso modelo atual, a figura de um magistrado passivo na instrução processual, não há que se falar sobre violação do princípio da imparcialidade quando o magistrado assume para si tarefa ou atividade probatória que, pela regra ordinária de distribuição do ônus, caberia a uma ou a outra parte.

Nessa esteira, somente poderíamos considerar violação do princípio da imparcialidade caso o magistrado, ao substituir e adotar eventual iniciativa de uma das partes, soubesse exatamente qual o resultado prático que adviria daquele seu

comportamento. Se não há a intenção de se favorecer uma ou outra parte, mas somente uma vontade insuperável de se buscar a verdade sobre os fatos e de se proclamar a melhor decisão para o caso concreto, não há que se falar em parcialidade do magistrado. Aliás, essa é a postura que o nosso Estado Democrático de Direito espera atualmente do juiz, ou seja, dos profissionais comprometidos com a cultura da qualidade e com a sua própria convicção, custe o que custar.

Alexandre Freitas Câmara<sup>130</sup>, em sintonia com o que aqui defendemos, posiciona-se da seguinte forma:

Sempre sustentei que o processo tem por fim a atuação da vontade concreta do direito. Ademais, sempre fiz questão de dizer que a jurisdição não é uma função estatal de composição das lides. Agora, por coerência, tenho de dizer que o processo tem por fim produzir decisões verdadeiras, isto é, decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos. E para isso, é preciso que a instrução probatória busque determinar a verdade. Deste modo, é preciso reconhecer que quando o juiz determinar, de ofício, a produção de alguma prova, o faz no exercício de sua função de julgador, já que busca, com tal determinação, preparar-se para proferir decisão que esteja de acordo com a verdade e, pois, seja capaz de atender às finalidades do processo.

Na mesma linha de raciocínio, Cássio Scarpinella Bueno<sup>131</sup> lembra que a busca da verdade real é, em regra, uma tendência advinda do processo penal, pois o magistrado deve buscar a verdade de acordo com o que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos.

Diferente disso, quanto ao processo civil, é usual vermos posicionamentos doutrinários que sustentam ser suficiente a busca da verdade “formal”, ou seja, o que importa é a verdade contida no universo dos autos, trazida pelas partes.<sup>132</sup>

Cássio Scarpinella Bueno<sup>133</sup> completa o raciocínio:

---

<sup>130</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e do processo civil democrático. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 153, p. 215-216, nov. 2007. p. 33.

<sup>131</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 111.

<sup>132</sup> A doutrina, durante muito tempo, fez distinção entre a forma pela qual o processo penal e o processo civil lidam com o tema da verdade. Nesse sentido, para José Manoel Arruda Alvim, a verdade formal, ao contrário da substancial, é verdade técnica materializada no processo e que, juridicamente, está apta a sustentar a decisão judicial. Diferente é a concepção adotada no processo penal, que se utiliza da verdade substancial para exigir que sejam utilizados todos os meios à disposição dos magistrados para trazer aos autos a verdade real sobre os fatos. (Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, jan./mar. 1976. p. 99).

<sup>133</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 111.

[...] não há como acolher a distinção. No estágio atual da evolução do pensamento do processo civil, não se justifica admitir deva ele se contentar com uma ou outra verdade que não aquela que corresponda, na medida do possível, àquilo que realmente ocorreu ou está para ocorrer no mundo dos fatos e, por isto mesmo, dá ensejo à provocação da atuação jurisdicional. Se o que se busca no processo penal é uma ‘verdade real’, é essa mesma verdade que deve motivar o processo civil. O processo é público e os compromissos do juiz com a sociedade também o são, trate-se de processo voltado à aplicação da lei penal ou da lei não-penal. A distinção entre as verdades (se é que ela existe e se toda a verdade não fosse, necessariamente, convencional e relativa) não justifica a distinção destes – e de outros – ramos do direito processual. Os valores constitucionais a serem realizados pelo processo, civil ou penal, são os mesmos. O ‘modo de ser’ do processo é um só, totalmente vinculado à Constituição Federal.

Ainda, sobre a imparcialidade, devemos ser cautelosos em não permitir que a atuação dos magistrados, com a bandeira de “respeitar o princípio da imparcialidade”, seja pautada por total falta de iniciativa na instrução probatória. O que se percebe, muitas vezes, é que muitos magistrados se acomodam com esse falso rótulo principiológico para justificar a falta de criatividade e a inexistência de iniciativas com o escopo de buscar a verdade real.

Uma coisa, portanto, é o respeito ao princípio da imparcialidade<sup>134</sup>. Outra é a atuação burocrática e pouco ousada de determinados juízes para a otimização do processo. Estes últimos, erguendo a falsa bandeira de defesa dos princípios (dispositivo, isonomia e imparcialidade), acomodam-se em seus gabinetes e se esquivam de exercer a função para a qual foram investidos pela sociedade e que, por tal razão, deveriam ter vocação. Entram em uma “zona de conforto” e lá permanecem: intocáveis e inertes.

---

<sup>134</sup> Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira leciona: “O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui no órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e, portanto, a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a substância da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la de que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes bem se percebe quão impróprio é um modo de equacionar o problema, que condena o órgão judicial, em qualquer caso, a incorrer na pecha de parcialidade” (Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. [Conferência pronunciada em 14.09.1984, no V Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro]. **Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro**. Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 59, julho 2007. Texto também publicado na Revista de Direito Processual Brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, n. 48, p. 111-118, 1985.

Outro ponto importante a mencionar é o fato de que os magistrados não se utilizam de todas as ferramentas que o processo disponibiliza para auxiliá-los na obtenção dos elementos necessários à atividade instrutória. Há metodologias modernas e valiosas para a colheita exitosa da prova que, por dependerem de uma postura mais cuidadosa e proativa dos magistrados, muitas vezes caem no esquecimento.

Vemos, como um grande exemplo de meio de prova<sup>135</sup> que, embora seja de total utilidade para o sistema, acabou ficando quase sem utilidade prática para o nosso processo civil: a inspeção judicial.

A inspeção judicial é meio de prova que permite ao magistrado participar ativamente da colheita dos elementos necessários à formação do seu convencimento. Com a inspeção judicial o juiz poderá, pessoalmente, utilizar a sua sensibilidade para interpretar os elementos existentes no local do fato ou em outro cenário que faça parte da causa de pedir da demanda.

Vale dizer que, ao sair do seu gabinete e ter a ousadia de participar da colheita da prova, o juiz, na maioria das vezes, reunirá com muito mais facilidade os elementos de que precisa para o julgamento justo, fundamentado e adequado da causa. A sua sensibilidade, portanto, é utilizada como elemento adicional na prestação jurisdicional, sem que isso comprometa a sua imparcialidade.

Em nosso ordenamento processual, a inspeção judicial está prevista nos artigos 440 ao 443 do CPC. De acordo com o regramento posto na legislação, o juiz “pode”, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas a fim de esclarecer fato, que interesse à decisão da causa.

Embora o dispositivo legal sugira uma mera faculdade do juiz em adotar esse tipo de iniciativa, entendemos que, até mesmo por circunstâncias inerentes à própria função do magistrado, deverá ele realizar a inspeção judicial, sempre que entender que tal medida poderá ser útil ao melhor esclarecimento dos fatos inerentes ao processo. Assim, em respeito à cultura da qualidade e à própria

---

<sup>135</sup> A inspeção judicial só foi disciplinada em nosso ordenamento jurídico no código de 1973. Sua natureza jurídica é polêmica, prevalecendo a opinião de que não se cuida de meio ordinário de prova, pois na inspeção judicial o juiz ordinariamente não se vale do apoio de terceiros, mas colhe diretamente a prova de acordo com a sua percepção. Assim, a inspeção judicial seria, em tese, a própria prova e não o meio, posição com a qual discordamos.

vocação profissional, deverá o magistrado ir ao local onde “julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar”.

Nos dias atuais, é fato que temos um Poder Judiciário em crise, e a atividade jurisdicional não conta com a devida estrutura administrativa e operacional para a realização das providências que se espera. São milhares de processos judiciais para uma quantidade limitada de magistrados e, como abordaremos no último capítulo do presente estudo, a escassez absoluta de práticas de gestão.

Em rigor, são muitas demandas para pouca gente, pouco tempo e quase nenhuma estrutura, fatores estes que impedem que tenhamos uma prestação jurisdicional rápida e eficiente. Por outro lado, esse não pode ser um argumento capaz de justificar a falta de utilização da inspeção judicial como meio de prova eficaz à formação do convencimento dos magistrados. Até podemos admitir que a “crise do Judiciário” atrapalhe e influencie negativamente os resultados, pois a realização de uma inspeção judicial, a depender do caso, tomará quase um dia inteiro de um magistrado atento. Em rigor, o que não podemos conceber é a total inexistência de iniciativa dos magistrados, na determinação de realização desse meio de prova.

É flagrante que, culturalmente, ainda não estamos preparados para absorver o conceito participativo (partes e juiz), já na fase instrutória. De todo modo, não há dúvida de que uma atuação participativa dos magistrados, com foco na cultura da qualidade, é o caminho a seguir para uma melhor prestação jurisdicional.

O processualista José Carlos Barbosa Moreira<sup>136</sup>, em elucidativo artigo sobre o tema, manifesta-se da seguinte forma:

Em matéria de instrução, prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência de confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido à sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir. Nada mais natural: é intuitivo, em linha de princípio, que um bom julgamento descansa na correta aplicação da norma a fatos reconstituídos com a maior exatidão possível; e julgar bem é a preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial. Nessa perspectiva, ao contrário do que insinuam certas fórmulas tradicionais, recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quanto negar-lhe a de procurar por si mesmo a

---

<sup>136</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**, p. 45.

norma aplicável: o conhecimento daqueles não é menos necessário que o desta para cumprir a função essencial de modo satisfatório.

Ao defender a ampla fruição dos poderes instrutórios pelos magistrados, o autor, porém, alerta que a determinação de produção de provas de ofício não dispensa ao magistrado o dever de garantir o contraditório às partes, bem como o dever de motivar a sua decisão.<sup>137</sup>

Em clássico trabalho sobre o assunto, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>138</sup> confirma que a concessão de poderes instrutórios mais amplos aos magistrados é uma tendência moderna e de cunho internacional. Nesse sentido, sustenta que os magistrados representam o próprio interesse estatal no exercício de suas funções e, por tal razão, devem atuar de forma mais ativa em busca da verdade real, sempre que entenderem ser necessária a produção ou a complementação das provas trazidas aos autos, pelas partes<sup>139</sup>.

Ainda, na visão do processualista, poucos são os limites impostos aos magistrados na produção das provas, podendo as vedações ser sintetizadas nas seguintes situações: (i) à luz do princípios da correlação ou da adstrição, a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir, o que impede o juiz de buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório; (ii) não observância do princípio do contraditório quando da determinação de produção de alguma prova, bem como a inexistência de fundamentação da decisão em que se determina a atividade probatória; (iii) nas hipótese de ocorrência da revelia, situação em que deverá ser

---

<sup>137</sup> Nesse sentido, complementa José Carlos Barbosa Moreira: “É claro que a mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício, na instrução do feito, de modo algum dispensa o órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório, indispensável à salvaguarda dos direitos da defesa. Menos ainda o exonera do dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual. No controle da observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz, é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações da parcialidade.” (**Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**, p. 47.

<sup>138</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 154-155.

<sup>139</sup> “Estabelecida a premissa de que o sistema processual brasileiro confere poderes de iniciativa probatória ao julgador, necessário saber qual a natureza dessa situação processual. Afasta-se de plano a idéia de que o juiz tenha poder discricionário ao determinar a realização da prova. Os dispositivos legais estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados. São expressões de “contornos semânticos flexíveis”, no dizer de autorizado doutrinador, conferindo ao juiz maior poder na concretização da regra. [...]. Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma. É claro que quanto maior a imprecisão dos conceitos contidos na lei, tanto maior será a liberdade no exame desses requisitos. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, p. 147-149.

presumida como verossímil e incontroversa a alegação do autos, não cabendo ao magistrado – por exclusiva opção do legislador – determinar a realização de outras provas para complementação das alegações. Os fatos postos na petição inicial, diante da ocorrência da revelia, não de ser considerados como verdadeiros e dispensam a atividade probatória das partes.<sup>140</sup>

Há quem diga, porém, que o magistrado não deverá valer-se de iniciativas próprias para apreciar a prova, pois viciaria a instrução do processo.

Essa premissa, totalmente inadequada, desfaz-se facilmente se percebermos que os magistrados também são seres humanos e, desta feita, devem, sim, utilizar elementos subjetivos e qualidades pessoais para o desempenho da sua nobre função. Hipocrisia é afirmar que os magistrados não são influenciados pelo ambiente em que vivem. Os magistrados também possuem família, religião, praticam esportes, leem jornais e foram criados em ambientes próprios, com características e qualidades diferenciadas.

Os elementos pessoais e de formação, todavia, não têm o condão de tornar os magistrados sujeitos parciais para o julgamento de suas causas, ao contrário, são fatores adicionais e que enriquecem o nosso sistema processual e devem atuar conjuntamente com as normas positivadas no nosso ordenamento jurídico.<sup>141</sup>

Com efeito, alguns magistrados, ao não adotarem as iniciativas que lhes cabem em busca da verdade real, esquecem-se, ou simplesmente ignoram o fato de que a sua atuação participativa representa uma preocupação do Estado, especialmente para a obtenção de decisões justas e fundamentadas. É, portanto,

---

<sup>140</sup> Como exceção a essa situação, José Roberto dos Santos Bedaque cita as hipóteses em que, mediante interpretação sistemática e teleológica do sistema, apesar de ocorrência da revelia e diante da aparente inverossimilhança das alegações autorais, o magistrado determina a produção de outras provas. Nesse sentido, menciona o autor: “Ao relatar recurso de apelação, conclui pela anulação da sentença porque, em razão da revelia, não foram examinadas as provas produzidas pelo réu, que comprometiam a verossimilhança dos fatos constitutivos dos autos: Embora revelar, pode o réu intervir no processo a qualquer tempo (CPC 322). No caso concreto, a contestação apresentada pelo apelante foi desentranhada, em razão da revelia. Mas permaneceram nos autos todos os documentos mediante os quais ele pretendia demonstrar a ocorrência de pagamento. Não obstante a revelia implique incontrovérsia quanto aos fatos, que se presumem verdadeiros e independem de prova, a prova documental trazida pelo apelante compromete a verossimilhança das alegações deduzidas na inicial, impedindo a aplicação pura e simples das regras relativas à técnica processual.” (**Poderes instrutórios do juiz**, p. 163).

<sup>141</sup> Nesse sentido, o artigo 335 do nosso CPC diz que: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

uma necessidade que ultrapassa o interesse das partes e envolve também o interesse público.

Ao avaliar esse cenário e as concepções de Chiovenda, Fernando Alberto Corrêa Henning<sup>142</sup> explana:

Outro ponto a destacar é o papel do Estado no sistema de Chiovenda. Esse não participa de modo algum na relação jurídica chamada ação, pois esta vige entre as partes; de outro lado, o Estado participa ativamente do processo, na medida em que este envolve a satisfação de um interesse público. Para examinar isso, convém lembrar a questão da correlação entre o interesse do titular da ação e o interesse do Estado. O particular que tem razão vê o processo como meio de obter certos efeitos jurídicos a ele favoráveis; já o Estado vê o mesmo processo como meio de atuação do ordenamento jurídico. Nada obstante a diversidade entre esses dois interesses, ambos tendem ao mesmo provimento, pois a sentença que dá razão a quem a tem é precisamente aquela que atua o ordenamento jurídico. O resultado é que interesse do titular da ação e interesse do Estado são duas faces da mesma moeda: ou satisfaz-se a ambos ou não se satisfaz nenhum. Disso resulta, por um lado, o interesse do Estado na solução do feito: o interesse estatal não é satisfeito por uma sentença qualquer, mas apenas pela sentença que aplica corretamente o ordenamento jurídico; portanto há um interesse estatal em jogo, razão pela qual o processo não é um fenômeno que interesse apenas às partes.

A esse respeito e consoante às concepções de Chiovenda, é imperioso observar que o juiz, na qualidade de executor da vontade estatal, deverá ater-se à função pública que exerce, desenvolvendo a sua atuação de acordo com suas íntimas convicções e com foco na prolação de decisões efetivamente fundamentadas. Essa é a real expectativa o Estado com relação à função exercida pelos magistrados, sendo certo que há nítido interesse da sociedade em se garantir a existência de um Poder Judiciário que demonstre atuar com qualidade e que seja acreditável.

Piero Calamandrei<sup>143</sup>, ao tratar da expectativa dos jurisdicionados acerca da atividade exercida pelos magistrados ensina:

O Juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra justiça,

---

<sup>142</sup> HENNING, Fernando Alberto Corrêa. **Ação concreta**. Relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 158-159.

<sup>143</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 12.

poderei perceber que o direito não é uma sombra em vã. Por isso, indica-se na *iustitia*, e não simplesmente no *ius*, o verdadeiro *fundamentum regnorum* – pois, se o juiz não for vigilante, a voz do direito permanecerá evanescente e distante, como as inalcançáveis vozes dos sonhos.

Nesse sentido, diante da nobreza de sua função e da expectativa dos jurisdicionados, não poderá o magistrado considerar o processo civil como um método de estratégia das partes, mas sim como um instrumento real e eficaz para a outorga da justa prestação jurisdicional, cuja busca pela verdade real<sup>144</sup> se torna um meio insuperável para o atingimento da finalidade última do processo – a justiça. Os magistrados representam diretamente o interesse do Estado e da sociedade e, subsidiariamente, os interesses das partes. Há, portanto, um compromisso maior com a busca da verdade e com a correta aplicação da lei do que com as formalidades exacerbadas na forma de condução do processo.<sup>145</sup>

É de Piero Calamandrei<sup>146</sup> a clássica obra que retrata a problemática sobre a verdade no processo civil, demonstrando que a verdade pode ser vista e encarada por distintos aspectos, interesses e ângulos. Para a obtenção de uma

---

<sup>144</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. JUIZ QUE DETERMINA A BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO E DA VERDADE REAL. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O artigo 130 do CPC permite ao julgador, em qualquer fase do processo, ainda que em sede de julgamento da apelação no âmbito do Tribunal local, determinar a realização das provas necessárias à formação do seu convencimento, mesmo existente anterior perícia produzida nos autos. 2. Contudo, não é possível ao Julgador suprir a deficiência probatória da parte, violando o princípio da imparcialidade, mas, por óbvio, diante da dúvida surgida com a prova colhida nos autos, compete-lhe aclarar os pontos obscuros, de modo a formar adequadamente sua convicção. 3. Recurso especial a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 906794. CE 2006/0261469-5. Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF. Julgado em 07/10/2010; Publicado em DJe 13/10/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=12415775&num\\_registro=200602614695&data=20101013&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=12415775&num_registro=200602614695&data=20101013&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

<sup>145</sup> Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno se manifesta da seguinte forma: “A busca de uma ‘verdade real’, em regra, é atribuída ao processo penal. É naquele ramo do direito processual, lê-se com frequência, que o magistrado deve preocupar-se com a busca da ‘verdade’ que mais pareça com aquilo que, realmente, ocorreu no mundo dos fatos. É comum ler que ao processo civil é suficiente a busca da verdade ‘formal’, assim compreendida a ‘verdade dos autos’, aquilo que, em função da iniciativa das partes, é levada aos autos e, nessa exata proporção, é passível de apreciação pelo magistrado. Somos daqueles que repudiam essa distinção. No estágio atual da evolução do pensamento do processo civil não há mais como admitir deva ele se contentar com uma ou outra verdade que não aquela que corresponda, na medida do possível, àquilo que realmente ocorreu ou está para ocorrer no mundo dos fatos e, por isso mesmo, dá ensejo à propositura da ação”. (**Amicus Curiae no processo civil brasileiro**. Um terceiro enigmático, p. 58-59).

<sup>146</sup> CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, CEDAM, 1955. p. 48.

decisão justa e adequada, o que importa é a existência de uma verdade pautada na verossimilhança dos fatos, o que deve ser avaliado pelo juiz, caso a caso.

Nas palavras do citado doutrinador:

[...] mesmo para o juiz mais escrupuloso e atento, vale o limite fatal da relatividade e da natureza humana: o que vemos é apenas o que pensamos que vemos. Não a verdade, mas a verossimilhança: É de ser, aparência (que também pode ser ilusão), de verdade [Tradução nossa].<sup>147</sup>

À guisa de conclusão e, até mesmo para que se possa manter a coerência com o que sustentamos no presente trabalho, quadra ressaltar que o modelo processual brasileiro deve estar em sintonia com o nosso modelo constitucional, sendo este último legitimador de uma atuação participativa do Estado na resolução dos conflitos. Assim, quando um magistrado julga uma causa qualquer, ele não está tutelando apenas o direito das partes envolvidas na demanda, mas especialmente tutela e defende o nosso Estado Democrático de Direito.

Vivemos em um Estado ativo, no qual, os entes envolvidos, também devem ter comportamento ativo. Dessa forma, resta evidente que os magistrados, em vista do nosso modelo constitucional de processo civil, não poderão deixar de realizar a atividade probatória, ainda que de ofício, caso esta seja de relevância para a obtenção de um julgamento justo e qualitativo. Por tal razão, exige-se o amplo reconhecimento dos poderes instrutórios dos magistrados e, até mesmo, investigatórios, para que haja o atingimento da missão estatal e constitucional delegada ao Poder Judiciário. Por outro lado, uma vez legitimados esses poderes, é preciso que o poder-dever dos magistrados seja executado com genialidade e criatividade, e que não falte disposição aos juízes na condução do processo.

Além disso, ao conduzir a fase instrutória, o juiz deverá sempre se atentar friamente a todos os princípios jurídicos envolvidos, considerando, ao mesmo tempo, diversos fatores: a natureza da causa, as partes, os valores jurídicos envolvidos na demanda, a importância de determinada prova para a formação do seu convencimento, entre outros.

---

<sup>147</sup> CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile, p. 46. No original: “[...] *“aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el limite fatal de relatividad de la naturaleza humana: lo que vemos solo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: Es de ser, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad.”*”

### 2.3 APLICAÇÃO RESTRITIVA DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS EM RESPEITO A OUTRAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

Ao conduzir o processo, o magistrado deve ter a preocupação de aplicar a lei processual e, também, de adotar todas as medidas que estiverem ao seu alcance e que possam servir de auxílio à tarefa delegada pelo Estado, relativa à outorga adequada da prestação jurisdicional. Há algumas situações, porém, em que o nosso ordenamento processual se apresenta como um grande entrave à prestação jurisdicional, pois o formalismo, nem sempre desejado, cria entraves burocráticos que retardam o natural curso do processo.

A propósito, o Império Romano foi o grande berço do desenvolvimento formalista, em especial com a criação das chamadas ações da lei – *legis actiones* - para a tutela dos direitos subjetivos.

José Carlos Moreira Alves<sup>148</sup> preconiza muito bem essa época ao abordar os sistemas de processo civil romano:

O processo das ações da lei é todo oral, quer diante do magistrado (*in iure*), quer do juiz popular (*apud iudicem*). Caracteriza-se, principalmente, pela rigidez do formalismo a ser observado pelos litigantes, a ponto de alguém – o exemplo é de Gaio – perder a demanda pelo fato de haver empregado em juízo a palavra *uites* (videira), ao invés do termo *arbos* (árvore), como preceituava a lei da XII Tábuas com relação à *actio de arboribus succisis* (ação relativa a árvores cortadas), e isso apesar de, no caso concreto, as árvores abatidas terem sido justamente videiras.

Com as *legis actiones*, o mais antigo dos sistemas de processo civil no direito romano, percebeu-se que a tutela do direito material estava cada vez mais prejudicada pelo excesso de formalismo.

Segundo Gaio<sup>149</sup> “a causa da decadência das *legis actiones* e do conseqüente aparecimento do processo formulário, foi o exagerado formalismo que fazia com que uma das partes perdesse a lide por qualquer lapso, mínimo que fosse, no cumprimento das formalidades então exigidas”.

---

<sup>148</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 215-216.

<sup>149</sup> GAIO apud MOREIRA ALVES Alves, José Carlos. **Direito romano**, p. 229.

No chamado Período Formulário, posterior às *legis actiones*, iniciou-se uma tendência de amortização do formalismo processual. Foi essa a primeira manifestação, logicamente muito tímida, do que hoje chamamos de princípio da instrumentalidade das formas.

Resgatando parte da história, Sérgio Bermudes<sup>150</sup> faz o seguinte relato:

O período formulário se instaurou, quando Roma já havia estendido seus tentáculos sobre vários territórios da Itália. A complexidade, que assumiam as relações sociais, tornou as *legis actiones* insuficientes para a tutela de todas as pretensões. Aboliram-se, então, as ações da lei, autorizando-se o magistrado a conceder fórmulas hábeis a compor todas as lides ocorrentes.

Nesse sentido, complementa José Carlos Moreira Alves<sup>151</sup>:

No processo formulário não se encontra o formalismo rígido do sistema das ações da lei. Não se pronunciam palavras imutáveis; não se fazem gestos rituais – em conseqüência, não mais se perdem causas por desvios mínimos de formalidades. Por outro lado, não há mais que atender, para a designação do juiz popular, ao prazo de trinta dias da lei pinária, o que torna esse processo, sem dúvida, mais rápido do que o das ações da lei.

Como alternativa à adoção da técnica formalista, aos poucos foi ganhando força uma tendência menos rígida, fundada principalmente na efetividade do ato praticado. O processo, considerado um requisito para a prestação jurisdicional, passaria a ser encarado tão somente como um instrumento a serviço da defesa do direito.

Sem qualquer marco inicial, desenvolveu-se timidamente o princípio da instrumentalidade das formas. A sociedade romana, antes extremamente conservadora e formal, foi buscar meios racionais e procedimentos mais efetivos para a fortificação da máquina judiciária. Esse é o resultado natural da evolução do processo civil. As três fases metodológicas foram momentos com características diferentes, mas não menos importantes para a afirmação do processo como instrumento essencial à prestação jurisdicional.

Inobstante a tímida tendência instrumental, no período romano, só em meados do século XX, muito recentemente, portanto, passou a despontar a

---

<sup>150</sup> BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 213.

<sup>151</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**, p. 232.

perspectiva instrumentalista ou teleológica do processo, suprimindo o tecnicismo até então preponderante. O processo, que era encarado por um prisma puramente técnico, passou a ter sua função privilegiada em detrimento de sua forma.<sup>152</sup>

Merece destaque o estudo realizado por Mauro Cappelletti, em “O Acesso à justiça”, como um marco moderno do estudo dos escopos sociais e políticos da ordem processual e, em especial, do próprio acesso à justiça.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>153</sup> acompanha a nova tendência, lembrando que é o momento atual de a ciência do processo civil – fase *instrumentalista* ou *teleológica* –, que se tem por indispensável, definir os objetivos com os quais o Estado exerce a jurisdição como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes.

Em sua tese de doutorado, transformada no livro “A Instrumentalidade do Processo”, o doutrinador constrói uma obra em que descreve a nova perspectiva do processo moderno como instrumento efetivo de defesa dos direitos e da distribuição de justiça. Em seus escritos, o autor glorifica o ideal de efetividade e de instrumentalidade do processo destinado a unir a técnica formal às necessidades sociais e políticas dos indivíduos.

O IX Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em agosto do ano de 1991, na cidade de Lisboa - Portugal, proclamou que é no direito processual civil brasileiro que se encontra a mais bela regra processual do mundo, a saber, a que se refere ao princípio da instrumentalidade das formas, prevista no artigo 244 do nosso Código de Processo Civil.

A convalidação dos defeitos dos atos processuais, consubstanciada na flexibilização das nulidades relativas, passou a ser apontada como um fator preponderante para a facilitação do acesso à justiça. Em busca de uma efetividade maior, o formalismo exacerbado foi perdendo espaço para a instrumentalidade. Se a forma do ato não o desviar de sua finalidade, não for prejudicial à outra parte ou ao processo e não gerar nulidades absolutas, não há que se questionar a sua validade. É importante, porém, o respeito à forma, quando a lei expressamente o exigir.

---

<sup>152</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**.

<sup>153</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, p. 255.

Segundo Arruda Alvim<sup>154</sup>, o legislador agiu corretamente ao prever essas hipóteses: “O formalismo, na prática de determinados atos, é condição essencial para a convivência social ordenada e, portanto, para uma vivência jurídica estável, a fim de que o Direito se apresente certo e seguro”.

O aspecto formal, como regra, deve subsistir como forma a fim de se resguardar a manutenção da segurança jurídica. De fato, instalar-se-ia o caos no Judiciário se cada operador do direito optasse pela prática diferenciada dos atos processuais.

Assim, as formas dos atos processuais previstas no ordenamento processual devem ser preservadas a fim de se permitir a plena vigência de princípios absolutos, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Antônio do Passo Carbral<sup>155</sup>, ao tratar esse tema, muito bem esclarece:

Seja qual for o viés ideológico que adote o intérprete, favorável ou contrário à rigidez formal, não se pode fugir da constatação de que existe uma importância das formas processuais. As formalidades proporcionam segurança, ordenação e previsibilidade ao procedimento, gerando expectativas de comportamento que são absolutamente indispensáveis para qualquer sistema processual. Caso os rumos do processo dependessem exclusivamente do capricho das partes ou do juiz, por mais prudentes, diligentes e bem intencionados que fossem, as incertezas de seus caminhos produziriam uma instabilidade completamente indesejável. Assim, o fenômeno jurídico, e com ele o processo, com vistas a assegurar a estabilidade às relações jurídicas, inevitavelmente deve se posicionar em alguma moldura formal.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 471.

<sup>155</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades do processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 8-9.

<sup>156</sup> Em complemento, disserta o autor: “Além de proporcionar ordem, previsibilidade e eficiência, a forma é um freio legislativo aos impulsos humanos. Através do regramento legal, a vontade coletiva se impõe aos ímpetos dos litigantes e do juiz, num potente mecanismo de contenção das arbitrariedades. Especialmente num Estado de Direito, que é aquele que impera a *rule of law*, não pode o poder estatal, exercido por meio de agentes públicos, permitir que as preferências e vontades pessoais prevaleçam sobre as prescrições normativas. Formalidades legais talvez sejam o modo mais seguro e evitar-se o arbítrio dos julgadores. Essa é a razão para a constante referência doutrinária de que, subjacente à discussão sobre as formalidades, existe um debate sobre a repartição de poderes processuais. Quanto mais rígida é a forma, maiores as prerrogativas das partes e menor o espaço de conformação para o juiz, reduzidos que ficam seus juízos políticos ou de conveniência; ao revés, a flexibilização formal vem acompanhada da crescente amplitude dos poderes do juiz, diminuindo a esfera de liberdade das partes. Em última análise, as formalidades prestariam para assegurar a autonomia individual. A célebre passagem de Montesquieu, no livro vigésimo nono espírito das Leis, a proclamar que a forma é ‘o preço que cada cidadão paga por sua própria liberdade’, é repetida e seguida por vários autores brasileiros e estrangeiros. Parafraseando Jhering, afirma-se ainda que a forma é ‘inimiga jurada do arbítrio’ e ‘irmã gêmea’ da liberdade.’ As

Nesse contexto, o princípio da instrumentalidade das formas desponta como figura essencial à criação de um processo lógico e efetivo. Sua aplicação, porém, deve estar condicionada à ponderação da necessidade de flexibilização dos vícios, com objetivo de facilitar a defesa do direito material, e à obrigatoriedade de o litigante respeitar a adoção de algumas formas previstas na lei para a prática de determinados atos processuais.

No que tange à realidade brasileira, vemos que o Código de Processo Civil de 1973 foi instituído para se tornar um grande aliado do Poder Judiciário na outorga da prestação jurisdicional, sendo um poderoso instrumento para que possa servir de instrumento às funções do Estado. De todo modo, observamos que, na prática, o CPC, em virtude do seu alto grau de tecnicismo e complexidade, acabou por fomentar grandes debates que distanciaram o nosso direito processual do direito material.

Não são raras, mesmo nos dias de hoje, fartas questões e jurisprudência dos tribunais superiores que se restringem a abortar os aspectos formais da técnica processual, sem sequer ceder espaço para o debate de mérito (direito material) das ações. O direito material, portanto, em muitas situações, sequer é apreciado, pois o processo civil passou a ser cada vez mais tema jurídico de relevância e, por tal razão, inibe a discussão do próprio direito em si.

Em virtude das arduas dificuldades trazidas ao sistema pelo rigoroso controle técnico e formal imposto pela nossa jurisprudência, os últimos anos foram marcados por uma tendência instrumentalista do processo e a partir dela se construiu forte doutrina que defende uma visão menos formalista da adoção de medidas que visavam à simplificação do sistema.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>157</sup> alerta que:

---

formas processuais possuem também enorme utilidade em operar a igualdade entre dois sujeitos do processo. Ao reduzir a discricionariedade do julgador e balizar os atos processuais com requisitos previamente estabelecidos, as formalidades garantem que todos os litigantes e terceiros envolvidos na lide sejam isonomicamente tratados, vez que deverão enfrentar as mesmas curvas no traçado programado da rodovia judicial. Mas não sejamos ingênuos: a arbitrariedade nem sempre advém dos órgãos do Estado! Ao mesmo tempo em que previne do tratamento desigual do julgador, a formalidade evita os excessos de uma parte em relação à outra, atuando como fator de isonomia e paridade também entre os contendores.” CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades do processo moderno**, p. 9.

<sup>157</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30.

O processualismo exagerado leva à distorção do instrumento, que perde a relação em seu fim e passa a viver em função dele próprio. Esta visão do fenômeno processual, além dos malefícios causados à sociedade e ao próprio Estado, contribui para o amesquinamento da função jurisdicional, pois torna os juízes meros controladores das exigências formais, obscurecendo a característica principal dessa atividade estatal – qual seja, o poder de restabelecer a ordem material, eliminar os litígios e manter a paz social. Não se pode olvidar, ainda, que o formalismo desmedido também alimenta os processos, pois provoca incidentes desnecessários que acabam se transformando em recursos. Os tribunais brasileiros estão abarrotados de questões processuais, o que torna ainda mais demorada a solução definitiva da crise de direito material.

Nas duas últimas décadas houve, portanto, uma sensível alteração dos conceitos que norteiam o nosso sistema processual. Do formalismo técnico fomos aos poucos caminhando para o instrumentalismo, sendo flagrantes várias demonstrações, tanto doutrinárias quanto legislativas e jurisprudencial, de que não se admite mais a superposição da forma em detrimento da finalidade.

As ideias que visavam eliminar o formalismo processual exacerbado ganharam como estímulo o apoio do jurisdicionado, que passou cada vez mais a clamar por um processo civil mais efetivo e rápido. A exigência de uma duração razoável dos processos contribuiu de forma imperiosa para que fossem combatidos todos os artifícios técnicos que, usualmente, eram utilizados pelas partes no curso do processo e, assim, causavam tormentoso desgaste e retardamento da prestação jurisdicional.

O movimento instrumentalista, todavia, leva-nos a algumas inevitáveis reflexões: será que não estamos deformando o nosso sistema processual e tornando-o vulnerável? Quais as regras e cuidados que o magistrado deve ter ao aplicar o princípio da instrumentalidade das formas, sem que isto venha a significar a violação de outras garantias processuais fundamentais? A aplicação do princípio deve ser condicionada à observância de “pressupostos de cabimento”? Se sim, quais seriam estes pressupostos?

Para adentrarmos o cerne deste estudo é preciso, antes de tudo, fazer uma singela observação: não se deve confundir o princípio da instrumentalidade das formas com o princípio da liberdade das formas.

O nosso Código de Processo Civil, consoante a necessidade primordial de facilitar o acesso à justiça e para reduzir os entraves formais à prestação

jurisdicional, procurou explicitar a aplicação do princípio da liberdade das formas. Referido princípio encontra-se inserido na primeira parte da redação do artigo 154 do Código de Processo Civil, com o seguinte conteúdo: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir [...]”.

A intenção do legislador foi dar à lei a função de indicar os atos processuais que devam ter uma forma específica, tal como ensina Alexandre Freitas Câmara<sup>158</sup>:

Segundo este princípio, os atos processuais, em princípio, não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente o exigir. Em outras palavras, segundo este princípio, a regra é que os atos processuais sejam ‘não solenes’, não estando submetidos, em linha de princípio a formas sacramentais, ou seja, a exigências formais para sua validade. A solenidade é a exceção, e depende de expressa previsão legal.

Como visto, cabe ao operador do direito adotar determinada forma na prática dos atos processuais quando a lei expressamente o exigir. A liberdade das formas deve ser tida como regra, enquanto a formalidade a exceção, a ser respeitada quando prevista na norma processual.

Em conjunto com o princípio da liberdade das formas atua outro postulado, com uma influência um pouco mais abrangente, contido na segunda parte do artigo 154 do Código de Processo Civil, ou seja, “[...] reputando-se válidos os (atos) que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Nesse diapasão, prossegue Alexandre Freitas Câmara<sup>159</sup>:

O segundo princípio, e que complementa o anterior, apresentando diretrizes gerais do sistema, é o princípio da instrumentalidade das formas. Também previsto no art. 154 do Código de Processo Civil, determina este princípio que os atos processuais solenes, tendo sido praticados sem observância das formalidades impostas por lei, ainda assim serão válidos, desde que atinjam sua finalidade essencial.

---

<sup>158</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. I. p. 215.

<sup>159</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, p. 215.

Valoriza-se, assim, o conteúdo do ato<sup>160</sup>, em detrimento de sua forma, mesmo nos atos solenes. Verifica-se, aqui, uma profunda distinção entre o sistema do direito processual e do direito civil. Neste, quando um ato solene é praticado sem que se observe estritamente a forma prevista em lei, a consequência é a invalidade do ato. Já no direito processual, ainda que praticado por forma diversa da prescrita em lei, será válido o ato que atingir a sua finalidade essencial.

Nessa esteira, ilustra o artigo 250 do Código de Processo Civil: “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais”. De igual forma, reza o artigo 244 do mesmo diploma legal: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Para o perfeito entendimento das hipóteses de cabimento do princípio da instrumentalidade das formas, devemos conjugá-lo com três premissas: (i) a de que não pode haver prejuízo à outra parte ou ao processo, (ii) a do aproveitamento dos atos processuais quando sua finalidade é atingida, e (iii) na hipótese de vício sanável, ou seja, nulidades relativas.

Assim, para que essas premissas sejam rigorosamente observadas e atendidas, cabe aos magistrados, no exercício da sua função participativa no sistema, fiscalizar e observar a situação concreta que lhe é imposta, sendo mais ou menos benevolente com relação à forma do ato.

No que tange às três premissas mencionadas, por “prejuízo”, entendemos toda e qualquer ofensa à defesa da outra parte ou ao próprio processo. Como exemplo de prejuízo à defesa (parte), podemos citar a formulação de pedido

---

<sup>160</sup> “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA ENTE PÚBLICO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL. SÚMULA 279. ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. É cabível a execução fiscal fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública. (Súmula 279/STJ), desde que observada a norma do artigo 730 do CPC. 2. ‘Desde que observado o cânon do artigo 730 do CPC, faz-se de rigor a adaptação do rito processual em atenção aos princípios da economia processual e da Instrumentalidade das formas’. (REsp 642.122/PR, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ de 14.03.2005). 3. Recurso especial a que dá provimento. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 997855/MG - RECURSO ESPECIAL - 2007/0243364-3. Relator Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF. Julgado em 16.12.2008. Publicado em 04.02.2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4574778&num\\_registro=200702433643&data=20090204&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4574778&num_registro=200702433643&data=20090204&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

genérico de danos morais fora das hipóteses previstas no artigo 286 do Código de Processo Civil.

Em regra, o pedido tem que ser certo e determinado. Ao réu deve ser conferido o direito a rechaçar a pretensão não só referente à ocorrência dos danos, mas principalmente no que tange ao *quantum debeatur* pretendido. A não observância do inciso II do artigo 286 do Código de Processo Civil demonstra ser uma grave violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, conforme veremos a seguir.

Requisito que deverá ser observado quando da elaboração da petição inicial está presente exatamente no inciso IV do artigo 282 do Código de Processo Civil. Assim, segundo o citado artigo “a petição inicial deverá indicar o pedido com suas especificações” Já o artigo 286 do mesmo diploma legal, complementando o artigo 282, dispõe que “o pedido deve ser certo e determinado”, ressaltando, porém, que é lícita, em alguns casos, a formulação de pedido genérico.

Quadra lembrar que pedido genérico é aquele formulado sem a determinação do aspecto quantitativo do pedido, sendo, ainda, conveniente destacar o ensinamento de Alexandre Freitas Câmara<sup>161</sup>, neste sentido:

Admite-se ainda a formulação de pedido genérico quando não for possível ao demandante determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ilícito (art. 286, II). Assim, por exemplo, em uma demanda em se que pleiteie a reparação por dano que ainda está se perpetrando, decorrente, por exemplo, de um acidente de trânsito em que a vítima ainda vem se submetendo a tratamento médico, sendo imprevisível o fim do mesmo, será possível a formulação do pedido genérico. As hipóteses de pedido genérico são excepcionais, devendo por isso mesmo ser interpretadas restritivamente. A regra será a formulação de pedido certo e determinado. Isto porque o pedido é certo e determinado em todos seus aspectos, inclusive o quantitativo. A formulação do pedido genérico fora dos casos indicados tornaria muito difícil a prolação de sentença que atendesse à exigência de que a sentença individue o objeto do comando judicial.

Os incisos do artigo 286 do Código de Processo Civil tratam das previsões legais de formulação do pedido genérico, sendo certo que a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas com o fito de ampliar o rol das hipóteses

---

<sup>161</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de processo civil**, p. 275-276.

em que se pode admitir pedido que não seja certo e determinado, deverá ser vedada.

Segundo o inciso I do citado dispositivo, é lícita a formulação de pedido genérico “nas ações universais, se não puder o Autor individualizar na petição os bens demandados”. Seria esta, então, a hipótese de demanda cujo objeto da lide é algo que não se possa individualizar com precisão. Por exemplo, uma grande tropa de cavalos em uma fazenda, sendo impossível quantificar exatamente a quantidade de animais no momento do ajuizamento da ação.

Como o objeto de nossas considerações é o inciso II, passaremos a tratar do inciso III. Segundo a redação dada a este dispositivo, é cabível a formulação de pedido genérico “quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”. Com efeito, seria este o caso da propositura de uma ação de prestação de contas, em que caberá ao réu demonstrar o acerto na movimentação financeira que estava sob sua responsabilidade.

O inciso II, por sua vez, acolhe a formulação de pedido genérico “quando não for possível determinar de modo definitivo as conseqüências do ato ou do fato jurídico”.

De início, cabe ressaltar que o inciso II vem sendo utilizado para justificar a formulação do pedido genérico em ações de indenização que visam ao reparo de dano, que, saliente-se, já se formou definitivamente, ou seja, um dano que em hipótese alguma poderá ter suas dimensões dilatadas, sendo que o ato ilícito já se findou e suas conseqüências já não podem sofrer mais alterações.

Embora exista quem defenda situação contrária, há de ser ponderado que a redação do inciso II do artigo 286 do Código de Processo Civil é bem clara, ou seja, a lei processual somente admite a formulação de pedido genérico quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ilícito. A formulação de pedido certo e determinado é a regra, enquanto o pedido genérico a exceção.

A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas no âmbito do pedido, permitindo-se a formulação do pedido genérico fora das hipóteses legais, não está autorizada porque não preenche os três requisitos antes mencionados, indispensáveis para a incidência livre do princípio da instrumentalidade das formas.

Assim, visando rechaçar essa prática costumeira, indevidamente aceita por nossos tribunais, procuraremos analisá-la por três prismas principais: (i) processual, (ii) constitucional e (iii) tributário/fiscal, e o objetivo é comprovar que o pedido genérico, quando não autorizado pelo artigo 286 do Código de Processo Civil, causará prejuízo à defesa e ao processo.

Inicialmente, vê-se que a lei processual deve ser interpretada de forma restritiva. Admitir a extensão da aplicação do inciso II do artigo 286 do Código de Processo Civil seria criar situações excepcionais e, por isso, ilegais. Não nos parece racional vedar totalmente a utilização do pedido genérico nas demandas indenizatórias. Ao contrário, em algumas situações peculiares, há de se admitir a formulação de pedido que não seja certo e determinado. Todavia, como estamos tratando do âmbito processual, a redação do inciso II do artigo 286 do Código de Processo Civil tem de ser interpretada de forma precisa.

Para que possa ser admitida não quantificação dos danos pelo demandante, é indispensável, antes de tudo, que o dano que se alega ainda não se tenha formado com plenitude, ou seja, que no momento da propositura da ação o demandante não possa prever com precisão as consequências pecuniárias do alegado ato ilícito.

Nesse sentido, é oportuno colacionar o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira<sup>162</sup>:

A determinação quantitativa do pedido não se compadece de qualquer ressalva ou acréscimo que se mostre capaz de eliminar-lhe ou diminuir-lhe a significação e o alcance. Não é lícito ao Autor, por isso, contornar a imposição legal pelo emprego de cláusulas em virtude das quais se haja de entender que o montante indicado comporta oscilação para mais ou para menos. Admitir a legitimidade de semelhantes cláusulas seria permitir que voltasse a entrar pela janela aquilo que a lei expulsou pela porta: a possibilidade do pedido indeterminado. Ou a prescrição legal é cumprida à risca, ou se reduz a mera *flatus vocis*, sem incidência sobre a realidade. O preceito é rígido, e toda tentativa de flexibilizá-lo por via indireta, configura fraude à lei processual.

Ultrapassadas as questões de cunho processual, passemos então a analisar as questões constitucionais acerca do pedido genérico. Na formulação do

---

<sup>162</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito aplicado II**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 197.

pedido genérico, o demandante deixa de determinar o *quantum* pretendido, ante o argumento de que cabe ao julgador a tarefa de, na sentença, estabelecer o montante reparatório suficiente para compensar o dano. Percebe-se, porém, que a formulação genérica do pedido, quando não se enquadrar nas exceções previstas no artigo 286 do Código de Processo Civil, viola explicitamente os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ambos contemplados no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Como o pedido é o ponto crucial da petição inicial, será por meio dele que o demandante materializará a sua pretensão, estabelecendo qual a tutela jurisdicional pretendida, servindo, ainda, como o ponto chave para a resposta do réu. No caso de formulação do pedido genérico, o réu fica totalmente incapacitado de prever a pretensão autoral. O pedido é apresentado de uma forma obscura, impedindo, assim, uma defesa digna e completa.

Ao réu deve ser conferido o direito de se defender não só em relação à efetiva ocorrência do dano alegado, mas principalmente quanto à sua extensão e quantificação. Cabe ao demandante mensurar a extensão dos danos que alega ter sofrido, permitindo que o réu possa perceber, de forma clara, qual a real pretensão autoral.

Novamente José Carlos Barbosa Moreira<sup>163</sup>, em parecer sobre a indeterminação da petição inicial, ensina:

O comando do artigo 286, 1ª parte, do Código de Processo Civil tem fundamento bem conhecido de política legislativa. Não é pelo prazer frívolo ou perverso de multiplicar exigências formais que o estatuto processual compele o autor a determinar o pedido. Trata-se, entre outras coisas, de atender a uma necessidade intrínseca do contraditório. Para que o Réu possa preparar de maneira efetiva a defesa, é mister, em princípio, que tenha ciência tão exata quão possível daquilo que, em face dele, se está postulando. Normalmente, a ninguém é dado defender-se com eficiência de um pedido capaz de deslizar sem limite de um para outro patamar. Seria tarefa não menos difícil que agarrar uma enguia ensaboada.

A esse respeito, oportuna é a leitura de trecho do artigo publicado pelo magistrado Gabrielle Zéfiro<sup>164</sup>:

---

<sup>163</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito aplicado II**, p. 198.

<sup>164</sup> ZÉFIRO, Gabriel. O pedido genérico nas ações de indenização por danos morais. Um equívoco erroneamente tolerado. **Informe 2º RTD**. Rio de Janeiro, Mundo Jurídico, ano 4, n. 47, agosto 1999. p. 3.

Só que, qualquer que seja o critério utilizado, o Réu tem o direito de discutir o valor ao qual pode vir a ser condenado. Sustentando-se que o juiz poderá ao final estabelecer um valor aleatoriamente, sem discussão pretérita, sobre o montante **indenizatório, nega-se automaticamente o direito ao Contraditório e à Ampla Defesa** [Grifos nossos].

Analisadas as questões constitucionais cabíveis, agora é a vez de estudar outras de cunho tributário/fiscal.

Na verdade, ao ajuizar a ação, o demandante, excetuando-se os casos de gratuidade de justiça, em regra, tem dever de ordem pública, que é o recolhimento das taxas judiciais pertinentes, incluindo-se nelas a taxa judiciária.

No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, deve o demandante recolher o valor referente a essa taxa (judiciária), correspondente exatamente a 2% sobre o valor da causa, que deverá sempre ser compatível com o benefício financeiro que se pretende aferir.

Quando o pedido é genérico, todavia, dá-se à causa valor demasiadamente baixo, permitindo com que o demandante recolha, a título de taxa judiciária, um valor muito menor do que deveria. Bem por isso, o pedido genérico vem sendo utilizado com o objetivo de evitar o pagamento realmente devido da taxa judiciária.

Além da fuga da taxa judiciária, cabe ressaltar que a formulação do pedido genérico permite outras vantagens indevidas do autor com relação ao réu. Ao proferir sua sentença, por exemplo, o juiz terá somente dois caminhos a seguir.

O primeiro caminho será constatar a ocorrência do dano, julgar a ação totalmente procedente e arbitrar o *quantum* indenizatório. Assim, mesmo que o juiz arbitre uma indenização com valor irrisório, a pretensão autoral será satisfeita, tendo em vista que esta se restringia tão somente ao arbitramento de uma indenização pelo juízo, independente do seu valor. Como consequência desse procedimento, sempre que for constatado algum dano, por menor que este seja, a ação será rotulada de “totalmente procedente”, deixando o demandante sempre imune em relação às sucumbências.

Também é certo que, como o pedido foi julgado totalmente procedente porque a pretensão autoral foi plenamente satisfeita, não poderá o demandante interpor recurso de apelação contra tal sentença, uma vez que, ao formular o pedido

genérico o demandante não quantificou os supostos danos morais sofridos, querendo justamente que estes fossem arbitrados pelo juízo *a quo*.

Pois bem, como o juízo monocrático, ao arbitrar o valor que julgou conveniente e correto, acolheu integralmente o pleito autoral, satisfazendo sua pretensão, entendemos que faltaria ao recorrente uma das condições recursais, qual seja, o interesse em recorrer.

A apresentação de recurso de apelação por parte do demandante, além de não ser processualmente possível, devido à ausência de interesse recursal, é flagrantemente contraditória. Ao elaborar o pedido, o autor pede para que a indenização seja arbitrada pelo juiz, justamente por este ser o sujeito processual mais apto a fazê-lo. Por isso, devemos indagar: como poderá o autor questionar em um recurso o *quantum* arbitrado pelo juízo *a quo*, se ele mesmo, na inicial, afirmou não ter conhecimento e capacidade para mensurar os danos que sofreu? Considerando que o autor, quando lhe foi conveniente, alegou incapacidade na hora de quantificar os danos que alega ter sofrido, não poderá recorrer da sentença que julgou seu pedido totalmente procedente, nos moldes da petição inicial e do próprio pedido.

O outro caminho alude ao caso de o magistrado julgar a ação improcedente. Até mesmo nesta hipótese, o demandante gozará de outra vantagem processual. Se o réu perdesse a ação, teria de pagar os honorários advocatícios calculados sobre o valor da condenação. No caso de o perdedor ser o autor, os honorários serão calculados tendo como base o valor da causa, que, ressalte-se, possui valor totalmente medíocre e fictício.<sup>165</sup>

Pelo exposto, entendemos que a formulação do pedido genérico fora das previsões legais deve ser coibida, muito embora saibamos que a jurisprudência pátria, de forma majoritária, tolera este tipo de artimanha. Sendo certo que a lei deve ser interpretada de forma restritiva, igualmente deve o Judiciário valer-se das

---

<sup>165</sup> Sábias, sobre o ponto, são também as ponderações de Ives Gandra da Silva Martins: “O mau de se permitir, nesses casos, a formulação de pedido genérico, além de atentar contra a lei, cuja observância não é facultativa, ainda apresenta convenientes que não são de pequena proporção. Em primeiro lugar, escancara as postas para a sonegação judiciária e das custas do processo, ao permitir que o Autor atribua a causa e, pois, à base de cálculo do tributo, o valor que bem entender. Depois, como disse o articulista já citado, coloca o Réu em absoluta desvantagem em relação ao Autor. Se a indenização for arbitrada em 1.000 ou em 1, vencedor, será sempre o Autor, cabendo ao réu, que será sempre perdedor, suportar, em qualquer caso, os encargos da sucumbência.” (Pedido Genérico. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 abr. 1998, Caderno Saber, p.16).

prerrogativas que lhe são inerentes a fim de impedir violações ao princípio da isonomia, como ofensas à estrutura da máquina da Justiça, consistentes no não recolhimento, pelo demandante, das taxas devidas à prestação jurisdicional.

Ainda, sobre a primeira das três premissas mencionadas, que devem ser avaliadas na validação das hipóteses de cabimento do princípio da instrumentalidade das formas, não poderá ser permitido qualquer prejuízo ao processo. O prejuízo ao processo poderá ocorrer, por exemplo, no caso de recebimento da petição inicial, pelo magistrado, sem que nela esteja discriminado o valor dado à causa. Ao final do processo, com a condenação nos ônus sucumbenciais, estará criada uma grande confusão processual, haja vista que os honorários advocatícios geralmente serão calculados de acordo com o valor antes descrito.

A diferença entre as duas espécies de prejuízo deve ser, em verdade, uma análise puramente teórica. Na prática, o prejuízo ao processo sempre acarretará em prejuízo a uma das partes. Cabe ao julgador atentar para as peculiaridades de cada caso para que, ao relevar o não cumprimento da forma prevista na lei, não gere qualquer violação de direito ou, ainda, um desnivelamento das partes envolvidas no processo. Consagra-se como pivô central desta premissa o princípio absoluto do devido processo legal. Somente com o emprego de um conceito substancial de devido processo legal, pode-se obter a lúdima e real aplicabilidade da justiça, trazendo credibilidade e segurança à concreta inserção da vontade legal no deslinde de fatos sociais juridicamente relevantes. A cláusula *due process of law* tem importância preponderante não só no direito processual, mas também serve como alicerce de todo o direito material.

Ultrapassado o primeiro pressuposto de cabimento referente à ausência de prejuízo à parte ou ao processo, passaremos a abordar o segundo pressuposto: a prática de atos desprovida da forma legalmente prevista somente poderá ser aceita se não pairar qualquer dúvida quanto ao alcance da finalidade a que se destinou referido ato.

Segundo Luiz Fux<sup>166</sup>: “Concluindo pelo atingimento da finalidade e pela ausência de prejuízo, o processo prossegue sem sancionar-se o ato com a nulidade, aproveitando-o tal como se nada de irregular tivesse acontecido”.

Enrico Tullio Liebman<sup>167</sup> afirmava que na apreciação do ato processual, a verificação de ter o próprio ato atingido a sua finalidade deveria prevalecer sobre a simples inobservância das regras formais. Essa também é a opinião de Calmon de Passos, a quem se tributa a expressão “comprometimento com os fins de justiça do processo”.

O terceiro e último pressuposto de aplicabilidade do princípio da instrumentalidade das formas refere-se à teoria da nulidade dos atos processuais. Se o ato praticado estiver viciado de tal forma que possa acarretar em prejuízo, não pode o magistrado agasalhá-lo como um ato perfeito. Sem prejuízo, não há que se falar em nulidade que impeça a incidência do disposto no artigo 244 do Código de Processo Civil. Há, dessa forma, uma grande distinção entre as modalidades de nulidades, sendo cada qual com características e consequências processuais diversas.

Segundo a concepção moderna sobre a teoria das nulidades, não se deve distinguir nulidades absolutas de relativas meramente pela gravidade de suas consequências. Antes de tudo, é necessário mensurar a relevância e a natureza do direito protegido ou atacado pela prática do ato em que se discute a validade.

Nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>168</sup>:

[...] parece-nos que o sistema de nulidades processuais do direito brasileiro encaixa-se nos sistemas intermédios, ou seja, ‘aqueles em que se tem por premissa básica a de que é impossível prescindir-se do sistema legal, porém, atenuando-se em suas concepções ortodoxas.’ O fundamento destes sistemas ecléticos encontra-se no aumento dos poderes do juiz, já que a aplicação do sistema da legalidade, em sua concepção mecanicista, segundo o qual não há nulidade sem previsão legal expressa, faz com que o magistrado tenha sua tarefa reduzida a uma atuação quase mecânica, e o obriga a pronunciar-se, não raramente, sem ter chegado a uma verdadeira convicção. Com efeito, a sistemática do Código brasileiro de 1973 afeiçoa-se no essencial, aos ditames da moderna concepção do processo civil. Esta concepção tem sido caracterizada, nos países

---

<sup>166</sup> FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 362.

<sup>167</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio; PASSOS, Calmon apud FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**, p. 360.

<sup>168</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 163.

ocidentais – ainda que animados por uma motivação permanente de liberdade –, por se conferirem, paulatinamente, mais poderes ao juiz: ‘a redução do princípio dispositivo e o aumento dos poderes do juiz é uma característica do processo civil moderno e significa um avanço em relação à possibilidade de que se chegue à sua finalidade.

Atenta aos aspectos principiológicos, a doutrinadora processualista, após minucioso estudo sobre a jurisprudência que aborda o tema (decisões que não acolhem, quer as nulidades, quer as anulabilidades), chegou às seguintes conclusões sobre os princípios que fundamentam tal posicionamento: (i) da ausência de prejuízo (sem dúvida o mais citado); (ii) da instrumentalidade das formas (raramente aparece, nos acórdãos, essa denominação); (iii) do aproveitamento; (iv) o processo é forma (principalmente no que diz respeito ao não conhecimento de matéria de ordem pública nos casos de recurso especial e extraordinário).<sup>169</sup>

Muito se discute sobre o momento ideal para arguição da nulidade. Segundo o artigo 245 do Código de Processo Civil, “a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade que couber à parte prejudicada falar nos autos, sob pena de preclusão.” A preclusão a que se refere o artigo 245 do Código de Processo Civil incidirá somente na ocorrência de nulidades relativas, não se operando nos casos em que for constatada alguma espécie de nulidade absoluta.

A exigência legal para que, observada alguma nulidade, a parte tenha que se manifestar na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos é um reflexo do princípio da lealdade processual. Assim, para que tenhamos um processo pautado na boa-fé, o advogado da parte que se sentir prejudicado com a prática de qualquer ato processual, deverá suscitar sua nulidade ao juízo competente logo que tiver ciência de tal ato. Esse é um entendimento que serve como um obstáculo a artimanhas processuais e, no caso de nulidades relativas não arguidas no momento oportuno, não poderá a parte, após sucumbir na demanda, ou em qualquer outro momento, suscitar a nulidade de todo o processo. Se a parte prejudicada não alegar a nulidade na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, perderá o direito à prática deste ato (preclusão).

Existem, todavia, nulidades a respeito das quais o magistrado deve pronunciar de ofício, as quais são tratadas pelo parágrafo único do artigo 245 do Código de Processo Civil. São as nulidades absolutas que podem ser suscitadas em

---

<sup>169</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença** p. 228.

qualquer momento ou grau de jurisdição. Uma nulidade absoluta ocorrerá, como vimos, quando o ato processual ofender uma norma que proteja um interesse público, caso em que o vício será insanável e deverá ser declarado de ofício pelo juiz, podendo, também, qualquer das partes invocá-lo. A nulidade relativa terá lugar quando a norma desatendida, embora de natureza imperativa, tenha por fim prevalentemente o interesse da parte. Neste caso, o vício poderá ser sanado, mas, tendo em vista a natureza cogente da norma ofendida pelo ato viciado, o juiz deverá ordenar o saneamento do vício, somente se arguido pela parte interessada.

Com relação à premissa de aproveitamento dos atos processuais, esta deve ser entendida como o esforço do órgão jurisdicional em acolher, no todo ou em parte, a prática de um ato processual.

Como lembrou Eduardo Arruda Alvim<sup>170</sup>:

O princípio do aproveitamento dos atos processuais encontra eco, por exemplo, no art. 284, que determina ao juiz que mande emendar a inicial que não atenda aos requisitos dos arts. 282 e 283, sob pena de, apenas se não atendida referida determinação, ser indeferida a inicial.

Aplica-se esse princípio, por exemplo, na hipótese de ajuizamento de uma medida cautelar diversa da espécie que legalmente deveria ter sido proposta (fungibilidade das medidas cautelares) ou, ainda, na situação elencada pelo parágrafo sétimo do artigo 273 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002, *in verbis*: “§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Várias são as situações em que podemos prever onde incidirão decisões que relevam o não cumprimento das formas previstas na lei. Como elemento apenas instrumental, o processo deve estar sempre voltado para a sua finalidade principal. Por seu turno, ocorrendo nulidades absolutas, deve o julgador atentar para o vício e nunca relevá-lo. A ideia de instrumentalidade tem de ser associada à ausência de prejuízo para percebermos que tanto as meras irregularidades quanto as nulidades relativas são sanáveis. Nas nulidades absolutas a presença de prejuízo é patente,

---

<sup>170</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. I. p. 308.

motivo pelo qual não se pode admitir qualquer liberalidade quanto à forma. Por tal razão, o princípio da instrumentalidade das formas não se aplica às nulidades absolutas.

O Judiciário, como órgão estatal responsável pela pacificação das relações sociais e distribuição de justiça, não pode, indiscriminadamente, permitir a não adoção das formas previstas em lei. Se, por um lado, temos o dever de reduzir os entraves burocráticos e formais na busca da tutela jurisdicional, por outro, tão ou mais importante, não se pode abdicar de princípios realmente absolutos, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a isonomia e a legalidade.

O princípio da instrumentalidade das formas, portanto, somente será bem vindo se o ato praticado não gerar nulidade absoluta, atingir sua finalidade e não causar prejuízo à parte ou ao processo. São, sobretudo, limites necessários à manutenção da ordem e segurança jurídicas.

João Batista Lopes<sup>171</sup>, a propósito, comenta que:

[...] é muito difundida a idéia de que o magistrado deve libertar-se das formalidades legais e procurar a verdadeira justiça. Os riscos dessa orientação são evidentes. Não há confundir formalidade com formalismo. Só este deve ser evitado, não aquela. O desprezo às formas processuais, sobre não conduzir à prestação jurisdicional qualificada, pode resultar, muitas vezes, em graves injustiças. Com pretender assumir postura liberal, está o magistrado, nesses casos, na verdade, deixando de cumprir seus deveres jurídicos em prejuízo dos jurisdicionados.

É dever do Poder Judiciário (magistrados) zelar pelo respeito ao princípio da isonomia, dando às partes igual tratamento. Tanto ao autor, como ao réu, devem ser conferidos os mesmos direitos para a prática dos atos processuais, observando-se, sempre, o devido processo legal. A discrepância de tratamento gera vantagens indevidas a uma das partes, o que será de extrema influência para o julgador no momento de proferir sua decisão final. Sem isonomia, não há como termos um provimento final de mérito justo, o que torna necessária toda a cautela no momento da aplicação do ideal de instrumentalidade.

A utilização deste princípio e a profundidade de sua incidência ficam a critério da discricionariedade vinculada do juiz e subjetividade do caso concreto. Isso

---

<sup>171</sup> LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 35, jul. 1984. p. 24.

ocorre exatamente devido à sua natureza relativa, o que não importa na obrigatoriedade de sua observância.

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco<sup>172</sup>:

Esses falsos princípios, enunciados em antiga doutrina italiana e acatados prestigiosamente na brasileira, são na realidade regras técnicas e não refletem opções políticas. Um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e politicamente correto (para empregar aquela linguagem usual) é um processo tecnicamente bem feito, sem embargo de produzir ou não produzir resultados coerentes com as grandes premissas constitucionais – esses, sim, verdadeiros princípios. O máximo que se pode dizer em prol de tais regras técnicas como possíveis princípios é que elas refletem, pelo aspecto técnico, as idéias que os princípios apresentam. Existem inúmeras outras regras técnicas de grande importância e prestígio, também geralmente indicadas como princípios, mas que não o são.

Segundo o dicionário Aurélio<sup>173</sup> princípio é o mesmo que “4.Preceito, regra, lei”. Dessa forma, como a aplicação da instrumentalidade das formas não poderá ser encarada como uma regra obrigatória, estando condicionada à observância de alguns requisitos, trata-se, na verdade, o nomeado preceito, de uma tendência processual moderna e não de um princípio absoluto. A restrição é justa e necessária. Muito embora a instrumentalidade das formas seja de extrema valia, deve-se ter cautela em sua aplicação, com o fito de impedir a banalização das formas dos atos processuais e eventuais violações de direitos da outra parte.

Trata-se, portanto, o princípio da instrumentalidade das formas, tão somente de uma regra processual técnica a ser aplicada de acordo com a conveniência do magistrado em cada caso concreto e preponderância dos interesses envolvidos, observados os requisitos já mencionados. Já os princípios absolutos devem ter uma aplicação automática, independente da vontade do julgador. Estes, sim, são o alicerce do nosso direito. A sua observância não é uma mera faculdade do julgador, antes disso, é uma obrigação sua e das partes zelar pela manutenção dos pilares que sustentam todo o direito processual, ou seja, dos princípios absolutos, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a isonomia, a legalidade, entre outros.

---

<sup>172</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, p. 196.

<sup>173</sup> NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Nova Fronteira, 2002. p. 1.639.

## 2.4 REPRESSÃO E COIBIÇÃO AO ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL

No que tange à atuação participativa e, para que tenhamos uma adequada prestação jurisdicional, o magistrado deverá buscar equilíbrio na condução do processo, de forma que se permita viabilizar a adoção das medidas necessárias à prestação jurisdicional.

Nesse sentido, ao buscar referido equilíbrio, o magistrado zelará pelo respeito isonômico entre os direitos das partes que integram a lide, de forma que prevaleça, ao final, a tese daquela que estiver mais de acordo com o nosso ordenamento jurídico.

Com uma postura ativa e equilibrada, o magistrado deve sempre impedir que as formalidades processuais se sobreponham aos reais objetivos instrumentais do processo, sem que isso possa significar eventual violação às garantias fundamentais do processo, como a ampla defesa, o contraditório e a isonomia, por exemplo.

Por outro lado, o poder de fiscalização dos juízes e o dever de monitoramento do comportamento das partes também é fator de grande relevância ao amadurecimento do processo civil participativo. Vale dizer que, se a parte pratica um determinado ato processual, não basta ao juiz identificar somente se aquele ato é previsto em lei e se está de acordo com o curso natural do processo. O magistrado também deve ficar atento e, utilizando as suas habilidades, interpretar cada ato processual de uma forma mais contextual.

Assim, se de uma decisão judicial uma das partes apresenta embargos de declaração, por exemplo, não basta ao magistrado simplesmente receber referido recurso pelo fato de que há previsão no artigo 535 do Código de Processo Civil. O magistrado deverá ir além e tentar verificar, no caso concreto, se o embargante, por algum motivo, exerceu de forma abusiva o seu direito de recorrer. Isso acontece não somente na fase recursal, como também na fase instrutória e, especialmente, na fase de execução, quando a prestação jurisdicional está em vias de ser entregue.

Dentro do contexto moderno de processo civil, não basta, assim, a simples presença e a atuação de um juiz passivo, que apenas aplicará as regras processuais ordinárias de acordo com a conveniência de cada caso. Espera-se dos

magistrados todo tipo de iniciativa, mesmo que não expressamente previstas na legislação, de modo que se criem “atalhos” legítimos para uma melhor, mais rápida, mais justa e mais adequada outorga jurisdicional.

Nas lições de Rudolf Von Ihering<sup>174</sup>, o direito justo não é um dado, é uma conquista. O fim do direito é a paz e o seu meio de atingi-lo, a luta. Sem luta e sem muita criatividade na preservação e aplicação do direito, não será possível a obtenção da tão desejada justiça.

O nosso Estado Democrático de Direito possui um sistema jurídico cuja máxima é a obediência às leis, de forma a garantir a manutenção da paz social e a preservação da democracia. Nesse sentido, o que se observa é que todo e qualquer tipo de comportamento ou regramento social é regulado por determinada legislação - específica ou não - o que traz à sociedade uma maior segurança jurídica e, especialmente, permite o desenvolvimento sustentável do nosso meio social.

A fixação de regras jurídicas destinadas à sociedade traduz não somente direitos aos seus destinatários, mas também deveres. A lei é válida para todos e deve ser respeitada em regime de igualdade. Os direitos advindos da nossa legislação devem ser gozados com razoabilidade, boa-fé e sem qualquer abuso.

Nesse sentido, as regras de direito material são impostas com a suposição de que haverá razoabilidade na sua fruição, não servindo em hipótese alguma para trazer à realidade qualquer situação potencialmente ensejadora de injustiça ou desequilíbrio entre as partes. De todo modo, se não houver um exercício de todos para a adequada fruição dos direitos, as regras do sistema serão utilizadas contra o próprio sistema e em desprestígio deste.

Em virtude da necessária manutenção de regras de razoabilidade na fruição dos direitos, surgiu no meio jurídico a necessidade de se coibir o “abuso de direito” em situações em que determinado sujeito, valendo-se do seu direito “em tese”, pratica uma conduta que, embora aparentemente legal, vai de encontro a outros princípios mais importantes.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 1.

<sup>175</sup> "O processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 65906/DF. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF. Julgado em 24.11.1997. Publicado em 02.03.1998. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199500233037&dt\\_publicacao=02-03-1998&cod\\_tipo\\_documento=1](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500233037&dt_publicacao=02-03-1998&cod_tipo_documento=1)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

O nosso Código Civil adotou, nos artigos 187 e 927, a teoria do abuso de direito, qualificando o abuso de direito como ato ilícito, nos seguintes termos:

Art 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

É importante observarmos que, para a configuração do abuso de direito, conforme esculpido no nosso diploma legal civilista, não há propriamente a necessidade de se constatar a ocorrência de dano ou prejuízo a outra parte. Para isso, basta que o magistrado, utilizando a sua experiência e sabedoria, perceba a existência de determinada conduta em direção contrária aos bons costumes e à boa fé. Por outro lado, caso esse tipo de conduta inadequada venha a causar dano a quem quer que seja, caberá ao responsável pelo abuso reparar o prejuízo causado.

No âmbito do direito processual, dentre premissas que se buscam preservar com a coibição do abuso de direito, destacamos a exigência, cada vez mais em voga entre nós, de que o processo deva ter uma duração razoável e menos desgastante possível. Assim, as ferramentas postas à disposição dos litigantes para o exercício do seu direito processual não devem ser consideradas somente no plano processual, mas sim, e especialmente, no plano do direito material. Afinal, o processo é o instrumento pelo qual a jurisdição se realiza, com o escopo de atingimento de uma finalidade específica, ligada ao direito material em si. O processo não é um fim próprio, mas um meio e, como tal, deve ser encarado.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1939 considerou abuso de direito<sup>176</sup> a demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro, bem

---

<sup>176</sup> “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. VIOLAÇÃO DOS DEVERES PROCESSUAIS. ART. 14 COMBINADO COM 17 DO CPC. REDUÇÃO DA MULTA, NOS TERMOS DO ART. 18 DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. O art. 535 do CPC encontra-se incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte se os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. A sanção por litigância de má-fé prevista no art. 18 do CPC decorre da ausência de comportamento ético de uma ou ambas as partes da relação jurídico-processual, em que o litigante viola os deveres processuais previstos no art. 14, incorrendo a sua conduta em um dos incisos do art. 17. 3. No caso concreto, a recorrente incorreu em abuso do direito de defesa, ante a alegação de fatos totalmente destituídos de veracidade, uma vez que, no Município de Nova Iguaçu, onde asseverou ser o centro de suas atividades, encontra-se outra

como a oposição maliciosa de resistência injustificada ao andamento do processo (art. 3º). O código atual (1973) não repetiu as mesmas expressões, porém ampliou o conceito de má-fé do litigante (art. 17). De qualquer forma, unem-se duas características básicas do abuso de direito.

Com efeito, o manejo indiscriminado de medidas processuais, quando distante do direito material, vai de encontro ao princípio da duração razoável do processo.

A respeito da duração razoável do processo, na obra “Breves comentários à nova sistemática processual civil”, os autores Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina<sup>177</sup>, assim se manifestam:

Segundo pensamos, a garantia de razoável duração do processo constitui desdobramento do princípio estabelecido no art. 5º, XXXV. É que, como a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, é natural que a tutela a ser realizada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de realizar, eficazmente, aquilo que o ordenamento jurídico material reserva à parte. E eficaz é a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, e não tardiamente. A prestação jurisdicional tardia, deste modo, pode ser considerada, no mais das vezes, uma tutela jurisdicional VAZIA, sem conteúdo.

De acordo com a concepção desses mesmos autores, trata-se a jurisdição de elemento de inclusão social, sendo o Poder Judiciário um prestador de serviço público, cujo dever principal é assegurar a plena e eficaz distribuição de justiça. E complementam o raciocínio da seguinte forma:

Falar-se em Jurisdição estatal destituída de instrumentos que permitam realizar no tempo devido o Direito implicaria reduzir significativamente sua importância e razão de ser, especialmente se se considerar que, na sociedade moderna, cada vez mais tem sido a

---

empresa denominada Eluma S/A, locatária do imóvel, bem como os elementos cognoscíveis dos autos indicam com segurança ser o centro das atividades o Município do Rio de Janeiro, nos termos da fundamentação da sentença e do acórdão recorrido. 4. Erro material em que incorreu o Juízo singular ao condenar a recorrente em multa de 10% sobre o valor da causa por litigância de má-fé, exorbitando o patamar previsto no art. 18 do CPC. 5. Recurso especial parcialmente provido para reduzir a multa por litigância de má-fé para 1% sobre o valor da causa [Grifos nossos].” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.415 - RJ (2009/0236933-0). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF. Julgado em 06.03.2012. Publicado em 08.03.2012. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 8 mar. 2012.)

<sup>177</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001. 3. ed., rev., atual., ampl. da 2. ed. da obra Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26.

preocupação com a materialização dos direitos. Diante disso, em um Estado que se pretende Democrático e de Direito, que idealiza e se compromete com objetivos tidos por essenciais (CF, arts. 1º e 3º, dentre outros), deve a Jurisdição ser vista e estudada sob a ótica de ser integrante deste esforço ou, mais que isso, realizadora prática deste desiderato. Pode-se dizer, diante de tais considerações, que é acertada a concepção de jurisdição como atividade destinada à identificação e imposição do Direito, solucionando conflitos a fim de alcançar a paz jurídica.<sup>178</sup>

O princípio da razoável duração do processo vem ganhando considerável importância nos últimos anos, especialmente após a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Reza a mencionada emenda, em seu artigo 7º, que:

O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta emenda constitucional, comissão especial mista destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

A preocupação com a efetividade do processo e sua duração razoável, tema de grande evidência em nossa atualidade, deve ser considerada em conjunto com outros mecanismos a serem desenvolvidos e implementados, para que o processo civil cumpra a sua finalidade. De todo modo, de nada adianta a criação e a renovação de institutos processuais se não tivermos um Poder Judiciário ativo, com juízes também ativos, que possam direcionar a sua atuação para a verdadeira realização dessa nova concepção.

Na interpretação de Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>179</sup>:

O excessivo retardamento no curso do processo configura um mal em si mesmo, isto é, independentemente do resultado final da demanda, na medida em que uma resposta judiciária proferida a destempo é já deficiente e insatisfatória, por infligir um prejuízo autônomo à parte que tinha razão, mormente nos casos em que a pretensão era evidentemente fundada. Demais disso, da parte do Estado, a dilação indevida acarreta ainda uma inconstitucionalidade por omissão, já que dentre os direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º) a EC 45/2004 inseriu a 'razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação' (inc. LXXVIII

<sup>178</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001.** p. 26.

<sup>179</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos conflitos e a função social no contemporâneo Estado de Direito**, p. 481.

daquele artigo), por aí impondo o dever de implementar os instrumentos que permitam a consecução daquela meta.

A atitude dos juízes no bojo do processo deverá abordar não somente a facilitação dos meios de acesso à prestação, mas, valendo-se dos preceitos acima estabelecidos, caberá ao juiz fiscalizar para que os meios e os recursos processuais disponíveis sejam utilizados de forma regular e em conformidade com o que o legislador e a sociedade esperam.

No Código de Processo Civil constatamos a vedação ao “abuso de direito”, principalmente, nos artigos 14 *usque* 18, 600 e 601. Encontramos também coibição ao abuso do direito nos seguintes artigos: 125, que define o dever do juiz de prevenir ou reprimir os atos atentatórios à dignidade da justiça; 273, que permite a antecipação de tutela quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; e 538, § 1º, que trata da aplicação de multa em caso de embargos declaratórios protelatórios.

O artigo 14 do CPC trata dos deveres das partes e dos procuradores e diz, de forma clara, que às partes cabe: (I) expor os fatos em juízo conforme a verdade; (ii) proceder com lealdade e boa-fé; (III) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; (IV) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários a declaração ou defesa do direito; (V) cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Na hipótese de ser identificado algum tipo de comportamento em desacordo com o que está previsto nos incisos do referido artigo, o parágrafo único do artigo 14 assim disciplina:

Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Pela atenta leitura do que é disposto no artigo 14 do CPC podemos concluir que o legislador foi muito feliz em fazer constar algumas regras básicas de

comportamento das partes e dos seus procuradores no curso do processo. A metodologia utilizada pelo legislador é clara e coesa, mas será que efetivamente vem sendo respeitada pelas partes e, prioritariamente, fiscalizada pelos magistrados? Entendemos que não.

O entendimento é que a inexistência de um controle mais apurado por parte dos magistrados com relação ao comportamento inadequado das partes e de seus procuradores no bojo do processo fez com que o artigo 14 do CPC não surtisse o efeito que era esperado quando da promulgação da Lei nº 10.358/2001, que instituiu este dispositivo ao nosso Código de Processo Civil.

Importante ressaltar que os incisos previstos no artigo 14 são dispositivos meramente ilustrativos e não retratam, de forma alguma, um rol taxativo das hipóteses de condutas que, por exclusão, não seriam adequadas às partes.

Dessa forma, cabe aos magistrados absorver os princípios jurídicos que nortearam a criação do artigo 14 do CPC e, diante de situações que eventualmente venham a se confrontar com referidos princípios, possam também atuar de forma repressiva sempre que identificarem alguma conduta inadequada e que não esteja em sintonia com a boa-fé e a lealdade processual.

No que tange ao rol ilustrativo posto pelo legislador no citado artigo 14 do CPC, e para demonstrarmos que não há uma obediência (nem fiscalização) plena ao referido dispositivo, passaremos a expor algumas considerações a respeito.

Primeiro, vemos que os advogados, muito criativos, acabam por aprender, naturalmente, a expor os fatos em juízo sem que estes tenham uma conotação totalmente verdadeira. A técnica utilizada pela maior parte dos advogados sempre é pautada no direcionamento dos fatos de acordo com o interesse dos seus clientes, o que faria total sentido se durante a exposição dos fatos os advogados agissem com lealdade e boa-fé, expondo-os exatamente conforme a verdade.

Em uma demanda qualquer, geralmente ocorre a supervalorização dos fatos expostos pelos advogados, o que acaba direcionando as peças processuais para uma zona limítrofe entre a verdade e a mentira. E, assim, entre o limite da verdade e o da mentira, o processo se desenvolve, sendo poucas as vezes em que percebemos uma atitude mais rigorosa dos magistrados a fim de coibir este tipo de conduta processual.

Em nossa experiência, já nos deparamos com várias petições iniciais que não retratavam a verdade dos fatos e que, conseqüentemente, foram impugnadas com defesas de mérito em que se requereu a improcedência dos pedidos. Logicamente, uma vez comprovada a tese de defesa, as ações (em que se expôs os fatos de forma mentirosa) são julgadas improcedentes. De todo modo, sabe-se que, em regra, não há qualquer penalidade adicional imposta ao demandante que ajuíza determinada demanda sem legítimo fundamento, ou, ainda, com legítimo fundamento, mas mitigando a verdade dos fatos.

A ausência de penalização nessas situações é uma realidade que não deveria ocorrer, pois a nossa lei processual prevê claramente meios para a repressão deste tipo indesejado de comportamento processual. O magistrado, durante a instrução do processo, às vezes, até percebe de forma clara que uma das partes altera a verdade dos fatos, mas, mesmo tomado de certeza, deixa de coibir a atuação desleal para somente considerar tal fato no momento da prolação da sentença. Neste caso, a sentença não será favorável àquele que faltou com a verdade, mas o magistrado também não ensejará qualquer pena adicional ao litigante desleal.

A alteração dos fatos em desacordo com a realidade extrapola também a boa-fé das partes (e de seus procuradores), transformando o processo civil e uma grande aventura na qual os personagens principais (as partes) se utilizam de todos os meios e instrumentos processuais disponíveis para a formulação de pretensões e a apresentação de defesas totalmente destituídas de fundamentos.

Evandro Carlos de Oliveira<sup>180</sup>, em recente e completo livro publicado sobre multas no Código de Processo Civil, aborda de forma exaustiva várias situações e hipóteses de cabimento de multas no nosso sistema processual. De forma muito didática, referido autor divide seu trabalho em (I) multas punitivas; (II) multa compensatória e (III) multas coercitivas.

No que tange às multas punitivas, especialmente à relativa à litigância de má-fé, o autor sustenta que as penas previstas no artigo 18 do CPC também devem ser aplicadas aos advogados, uma vez que o princípio inspirador da reprimenda à litigância de má-fé decorre da necessidade de coibir práticas abusivas e desleais,

---

<sup>180</sup> OLIVEIRA, Evandro Carlos de. **Multa no Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Direito e Processo).

somado ao fato de que estes profissionais detêm conhecimentos técnicos para avaliar a pertinência e a viabilidade dos incidentes e recursos previstos no ordenamento jurídico.<sup>181</sup>

Ressalta que a responsabilização do advogado, solidariamente com a parte no mesmo processo em que se deu o ato irregular, deve ser procedida de contraditório, em especial com relação à alteração da verdade dos fatos, com o objetivo de permitir que o profissional comprove que a versão narrada no feito foi a que efetivamente lhe fora informada pela parte e não por ele inventada.<sup>182</sup>

Se o fundamento jurídico deve ser o grande elemento justificador da existência da demanda, seria natural que, diante de um processo desprovido de fundamento – seja a favor do autor ou do réu – o magistrado pudesse intervir para, utilizando-se de seu poder-dever público, avaliar as alegações das partes e impedir a propagação da mentira. Esta não é a praxe.

Do mesmo modo que os magistrados não têm o hábito de identificar e de coibir esse tipo de situação indesejada, com a implementação de um código de processo técnico, como é o Código de Processo Civil de 1973, os advogados aprenderam a estudar e utilizar todos os artifícios previstos em lei para a defesa dos interesses dos seus clientes. Os advogados aprenderam a utilizar as medidas processuais da forma mais plena possível e, quando estão à frente de uma questão trazida pelos seus clientes, usualmente não refletem com maturidade sobre qual o limite imposto pela boa-fé e a prática dos atos processuais escolhida.

A presunção natural – e inadequada – por parte dos advogados e das partes é que, se um determinado ato processual está previsto em lei e há lacunas

---

<sup>181</sup> OLIVEIRA, Evandro Carlos de. **Multa no Código de Processo Civil**, p. 31.

<sup>182</sup> O introduzir o tema em seu livro, o autor esclarece que: “A questão que surge, então, consiste em saber se o advogado pode ou não ser condenado juntamente com a parte em decorrência do reconhecimento da litigância de má-fé. O tema não é pacífico. Com o objetivo de regulamentar referida norma constitucional, estabelece o art. 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil que: ‘O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional praticar com dolo ou culpa. Parágrafo Único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria’. Com fundamento no diploma supramencionado, parte da doutrina e da jurisprudência entende que o advogado não é parte da relação jurídica processual, vez que não litiga em nome próprio ao agir no patrocínio dos direitos de seu cliente e, portanto, não pode ser condenado por litigância de má-fé. [...] Por sua vez, há entendimento em sentido contrário ao permitir que a pena decorrente da litigância de má-fé também possa ser aplicada ao advogado, visto que o dever de lealdade não se aplica somente às partes, mas a todos aqueles que atuam no processo, consoante se compreende do caput do art. 14 do Código de Processo Civil.” (OLIVEIRA, Evandro Carlos de. **Multa no Código de Processo Civil**, p. 31).

com relação à interpretação daquele determinado ato, vale a pena arriscar e considerar que o Poder Judiciário não coibirá o uso indiscriminado dos instrumentos processuais à disposição dos litigantes. Essa presunção, de total impunidade, geralmente se concretiza na medida em que o Poder Judiciário ainda é muito benevolente com a técnica arrojada dos advogados, que muitas vezes vai de encontro à própria concepção de processo como instrumento.

O raciocínio é lógico: se é economicamente vantajoso litigar e os magistrados não coíbem de forma rigorosa os exageros processuais, o processo se torna um instrumento muito interessante e eficaz, não para a outorga da prestação jurisdicional, mas, especialmente, para retardar e evitar esta outorga.

O abuso de direito processual também implica o natural abuso de direito material na medida em que o primeiro garante ao segundo a inexistência (ou ao menos o retardamento) dos meios eficazes para a manutenção da ordem jurídica justa.

Aqueles litigantes que são mal intencionados e desejam retardar a prestação jurisdicional, ou ao menos tumultuar o entendimento do que exatamente é tratado na lide, muitas vezes saem ilesos e repetem rotineiramente este tipo de comportamento, pois o sistema não está preparado para reprimir tal tipo de conduta. Os magistrados, por seu turno, culturalmente, não estão atentos aos aspectos subjetivos que envolvem as demandas.

O artigo 17<sup>183</sup> do CPC arrola algumas hipóteses em que os litigantes são considerados como agentes de má-fé. São, portanto, condutas ilustrativas que afrontam diretamente a lealdade e a boa-fé, não sendo esse rol taxativo<sup>184</sup>.

A propósito, não trataremos aqui de todas as hipóteses previstas no artigo 17, especialmente por serem meramente exemplificativas e não retratarem a totalidade das situações potencialmente contrárias aos princípios esculpidos no

---

<sup>183</sup> Art. 17 do CPC: "Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório."

<sup>184</sup> Ao lermos atentamente os sete incisos que integram o artigo 17 do CPC chegaremos à conclusão de que essas vedações legais são diariamente violadas em nosso Poder Judiciário e muito pouco coibidas pelos magistrados. Infelizmente, a regra hoje é pela violação e a exceção é pelo respeito aos princípios norteadores da nossa lei processual. Temos a certeza de que um novo tempo virá e que estabeleceremos a ordem na prática forense, o que certamente fortalecerá o nosso Estado democrático de direito.

CPC. O que importa é sabermos que essas previsões legais devem ser interpretadas de forma ampla pelos magistrados, no seu dever de fiscalização da conduta processual.

Conforme a disciplina do inciso III do artigo 17, litiga de má-fé quem usa o processo para conseguir objetivo ilegal. No inciso IV, é litigante de má-fé aquele que opõe resistência injustificada ao andamento do processo, o que significa atuar contra a celeridade processual. Tal conduta pode ser assumida tanto pelo autor, quanto pelo réu.

A lição de Cândido Rangel Dinamarco<sup>185</sup> acena no sentido de que:

[...] incide nesta previsão a parte que o faz com o objetivo de criar condições para melhor negociar à custa da necessidade do adversário, ou aquela que simplesmente conta com as demoras do processo para evitar o desembolso do que deve, ou a que pretende fazer com que a tutela jurisdicional não chegue a tempo de ser útil, etc. A resistência injustificada é uma forma bastante ampla, que abrange todas as condutas consistentes em retardar maliciosamente o processo.

Em nosso Código de Processo Civil há também previsão, posta no artigo 600, de atos atentatórios à dignidade da justiça, em situações durante a fase de execução. Desta feita, comete atos atentatórios à dignidade da justiça todos aqueles que, utilizando-se de artifícios processuais ou em cometimento de abuso de direito, (I) fraudam a execução; (II) se opõem maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; (III) resistem injustificadamente às ordens judiciais; (IV) não indicam, no prazo de cinco dias, após sua intimação, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.<sup>186</sup>

Entendemos que a coibição do abuso de direito em processos que estejam em fase de execução é providência necessária para manter a eficiência do nosso sistema jurisdicional, na medida em que é exatamente na fase de execução que o Poder Judiciário está prestes a concluir a sua tarefa, delegada pelo Estado Democrático de Direito. Assim, se alguém, de forma maliciosa e sem

---

<sup>185</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II.p. 261-262.

<sup>186</sup> Fredie Didier Junior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira dizem que a multa do art. 601 não pode ser cumulada com aquela prevista no artigo 18, mas admitem a incidência da multa em comento conjuntamente com aquela prevista no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Ocorre que tal posicionamento não é unânime e Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem de forma diversa. Nesse sentido, importante conferir: OLIVEIRA DE, Evandro Carlos. **Multa no Código de Processo Civil**, p. 56-57.

fundamentação, opõe-se contra a atividade jurisdicional que visa entregar a quem de direito o bem tutelado, esta atitude infundada será considerada ato atentatório à dignidade da justiça e, por tal razão, deverá ser reprimida pelo magistrado.

O artigo 273 também prevê, em seu inciso II, hipótese em que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, convença-se da verossimilhança das alegações e “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

Importante ressaltar que a tutela antecipada, fundada no inciso I<sup>187</sup> do artigo 273, usualmente é utilizada pelos litigantes a fim de se evitar o perecimento de determinado direito, tendo em vista a necessidade e a urgência de concessão do provimento jurisdicional. Por outro lado, no inciso II do mesmo artigo, por exclusiva opção política do legislador, previu-se também a concessão de tutela antecipada naquelas hipóteses em que, mesmo sem risco de perecimento do direito, o magistrado, mediante requerimento da parte interessada, perceber que a parte ré comete abuso de direito de defesa ou adota conduta com o escopo de protelar a prestação jurisdicional.

E, assim, o instituto processual da tutela antecipada, pela sua própria natureza, coloca em voga a real função e preocupação do Poder Judiciário, que é não só permitir a prestação jurisdicional de forma rápida nos casos em que há o risco de perecimento do direito. O Poder Judiciário, preocupado com o “fator tempo” e com a razoável duração do processo, também deve atuar e conceder a tutela jurisdicional nos casos do inciso II do artigo 273, ou seja, quando houver a constatação de abuso do direito de defesa.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>188</sup>, também se mostra preocupado com o fator tempo no processo, trazendo a tutela antecipatória como elemento que pode contribuir justamente para encurtar o tempo do processo, auxiliando na distribuição da justiça, de forma célere e efetiva. E arremata:

A problemática da tutela antecipatória requer seja posto em evidência o seu eixo central: ‘o tempo’. Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo ele desempenha idêntico

---

<sup>187</sup> Art, 273, I, do CPC: “Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”

<sup>188</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 116-117.

papel, pois processo também é vida. O tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da vida pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é a parte, o que vem a agravar a quase que insuperável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo. Mas o tempo não pode servir de empecilho à realização do direito. [...] O cidadão comum, assim, tem o direito à tutela hábil à realização do seu direito, e não somente um direito abstrato de ação. Em outras palavras, tem o direito à adequada tutela jurisdicional. [...]o processo, [...] deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social.

Essas são as principais manifestações encontradas no Código de Processo Civil suficientes para demonstrar que o nosso sistema processual não admite que os litigantes utilizem, de forma indiscriminada, medidas e meios processuais para a obtenção de resultados que não estejam de acordo com a verdadeira finalidade do processo e da sua concepção instrumentalista.

Durante o curso do processo, as partes devem, portanto, respeitar algumas regras de conduta e especialmente os princípios que norteiam o espírito do nosso Estado Democrático de Direito. É exigido, pelo nosso ordenamento, um comportamento leal e pautado no princípio da cooperação.

Ao discorrer sobre os princípios relativos à atuação dos sujeitos no processo, Cassio Scarpinella Bueno<sup>189</sup> coloca que o “atuar” ao longo do processo deve pautar-se pela mais ampla noção de responsabilidade, em respeito ao princípio da responsabilidade. O conceito de responsabilidade deve abranger, especialmente, a noção de que aquele que causar dano a outrem deverá arcar com a devida reparação, sendo necessária uma conduta processual ética, proba, leal e pautada na boa-fé, ou seja, de acordo com o princípio da lealdade<sup>190</sup>.

Os conceitos de “responsabilidade” e de “lealdade” são subjetivos e variam de sujeito para sujeito. A amplitude desses conceitos depende de como a

---

<sup>189</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 504-506.

<sup>190</sup> Cássio Scarpinella Bueno lembra que “o princípio da lealdade significa que a atuação de todos os sujeitos do processo, sempre entendida a expressão na sua forma mais ampla de qualquer partícipe do processo, deve ser pautada nas noções de boa-fé, probidade e eticidade. O princípio vem, nestes termos, expresso, no art. 14, II. De acordo com o dispositivo, ‘são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II – proceder com lealdade e boa-fé.’ (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 504-506).

cultura jurídica se desenvolve e de como se comporta a nossa sociedade. A depender destes fatores, a sociedade interpretará os princípios que regem a atividade jurisdicional de forma mais ou menos ampla.

No que tange ao cenário brasileiro, vemos que alguns dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário são resultantes da influência de um cenário político incerto e de um Poder Público sucateado. A corrupção, durante muitos anos, ganhou espaço no cenário brasileiro, influenciando a atividade do Poder Judiciário e dos próprios advogados.

Fato é que, movidos por certo instinto de sobrevivência, muitos aceitaram a falsa máxima de que, para ter sucesso seria preciso atuar à margem da lei e dos princípios. E, assim, fomos aprendendo a advogar e a julgar sem a lembrança de que somos membros de um sistema democrático e justo. Alguns advogados, pela necessidade de sobrevivência no mercado e junto com seus clientes, recorrem por recorrer ou prolongam a atividade probatória apenas para postergar o feito. Fomos aprendendo a utilizar o processo como estratégia e não como meio para a realização dos direitos. É hora de mudar.

Em um regime democrático não deve haver espaço para condutas processuais malandras e artificiosas. O abuso de direito processual nem sempre é reprimido pelos magistrados, que muitas vezes também não estão atentos aos princípios e às premissas que norteiam a sua profissão. Em rigor, devem os magistrados, no exercício da sua função e poder, lembrar que a nossa Constituição Federal, no artigo 5º, LXXVIII, garante a celeridade de tramitação dos processos, sendo deles a função primária de fiscalizar a conduta das partes quando for praticado algum ato que esteja em desacordo com o escopo do Poder Judiciário.

O artigo 125 do CPC coloca como poder, dever e responsabilidades do juiz “velar pela rápida solução dos litígios” e “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça”. Observemos que, aqui, a opção do legislador foi delegar aos magistrados a função de zelar pela justa e adequada tramitação do processo, exatamente para que estes cumpram com vigor a sua finalidade.

É dos magistrados, pois, o dever de conduzir o curso do processo da forma mais harmoniosa, colaborativa e leal possível. A repressão dos magistrados contra a má conduta e a má fé é a providência mais rápida e adequada para que

possamos banir do meio jurídico os mecanismos artificiosos de utilização do processo civil como estratégia e como instrumento para a prática do mal.

## 2.5 A APLICAÇÃO DOS CONCEITOS VAGOS/INDETERMINADOS E A CRIATIVIDADE JUDICIAL COMO ESFORÇO ADICIONAL PARA A OUTORGA ADEQUADA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A sociedade brasileira, é fato, mudou radicalmente nos últimos anos, isto em decorrência das próprias modificações políticas e econômicas ocorridas no país. Com as mudanças estruturais na base da nossa sociedade, torna-se fundamental também uma reavaliação da estrutura do Poder Judiciário, exatamente para que possa, tendo em vista as adversidades e as novidades apresentadas no meio social, desempenhar com êxito o papel que lhe é delegado pelo nosso Estado Democrático de Direito.<sup>191</sup>

Com o dinamismo da sociedade, é preciso que novas leis sejam criadas para a regulação de situações até antes inimagináveis. Por outro lado, sempre que não houver a possibilidade de aplicação precisa de determinada lei ao caso concreto, caberá ao magistrado atuar de forma interpretativa e criativa, e utilizar a legislação que for mais adequada ao caso concreto, interpretando-a de acordo com a realidade que lhe parecer mais adequada.

Além disso, em uma sociedade totalmente dinâmica como a nossa, seria infrutífero exigir que o legislador regulasse com precisão jurídica todas as situações e relações sociais existentes. Nesse sentido, mostra-se cada vez mais relevante e indispensável a concessão de poderes aos magistrados para que estes, de forma

---

<sup>191</sup> No direito brasileiro, apenas recentemente se começou a cuidar do tema da discricionariedade sob o aspecto dos conceitos jurídicos indeterminados, pois o ponto central que tem sido, desde longa data, apreciado pelos doutrinadores e pela jurisprudência é o concernente ao mérito, o que revela, nesse particular, a profunda influência do direito italiano. A dificuldade começa com o próprio vocábulo mérito, que tem sido diverso nos âmbitos do direito processual e administrativo. No primeiro, mérito é a própria pretensão que o autor deduz em juízo, com base em normas de direito substantivo, opondo-se às questões preliminares, que têm cunho processual. No Direito Administrativo, embora se possa empregar o vocábulo nesse mesmo sentido, já que existe também um processo administrativo, na realidade, o sentido mais usual é o que concerne aos aspectos do ato administrativo relacionados basicamente com o princípio da oportunidade e conveniência, em face do interesse público a atingir.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 126.

responsável e criativa, possam fazer valer a lei, não sem levar em consideração as mudanças que vêm ocorrendo no meio social.

Sobre a atividade do magistrado da sociedade contemporânea, Cassio Scarpinella Bueno<sup>192</sup> afirma que:

[...] o conseqüente incremento dos poderes do juiz a partir de um novo padrão de norma jurídica ou diante de uma nova forma de sua enunciação é inegável. Deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz, mero aplicador automático da lei, e passa-se a lidar com o juiz que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. O juiz, antes mero aplicador da lei, dada como pronta e acabada pelo legislador, passa a ser, hoje, compreendido como elo fundamental na cadeia de produção normativa. É ele, isto não tem por que ser negado, criador da norma jurídica. E, além de aplicar o direito, o juiz deve ter poderes para instrumentar (realizar), concretamente, a sua decisão, o que, de sua parte, convida a uma reconstrução de outros temas do direito processual civil [...].

Diante da nova realidade, constatamos a necessidade da “abertura interpretativa” da legislação, que não se limita apenas à temática dos direitos fundamentais e aos mandamentos da Constituição Federal. Todas as demais normas, atualmente, caracterizam-se por esta técnica e, assim, permitem aos magistrados uma atuação mais livre e adequada, caso a caso.

A utilização da técnica para interpretação da legislação já em vigor não é realizada somente para as leis inflexíveis, mas as novas normas que hoje são criadas, regra geral, já contêm mais expressões e palavras que representam conceitos vagos/indeterminados e princípios jurídicos. Como exemplos de expressões com conceitos indeterminados<sup>193</sup> e vagos podemos citar as seguintes: hipossuficiente, função social do contrato, duração razoável do processo; interesse público etc.

---

<sup>192</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 79.

<sup>193</sup> “É oportuno distinguir, para que não parem dúvidas, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais. Com efeito, as cláusulas gerais podem ser elaboradas com o uso de conceitos indeterminados, como é o caso da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa art. 884) que se utiliza do conceito ‘justa causa’. Este conceito não tem um conteúdo estanque, demandando preenchimento. Trata-se de um conceito indeterminado em meio a uma cláusula geral. Contudo, nem todas as normas que contêm conceitos indeterminados são cláusulas gerais, como é o caso da redução do valor da cláusula penal contratual estabelecida no art. 413.” NASSER, Paulo Magalhães. **Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

Christiane Hessler Furck<sup>194</sup> constata que:

[...] a técnica casuística, rígida e imutável, seria determinante para o envelhecimento dos Códigos, por outro lado, a vantagem das cláusulas gerais reside na mobilidade dos imprecisos termos, sendo que atuam, nas palavras de Judith Martins-Costa como 'metanormas, cujo objetivo é o de remeter o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes'. Atualmente, a técnica legislativa é consubstanciada com o propósito do conteúdo normativo, ser interpretado e preenchido, através de juízos de valor, sendo certo que não basta a simples subsunção do caso concreto a conceitos jurídicos fixos.<sup>195</sup>

Dessa forma, o juiz, hoje, além de aplicar a lei aos casos concretos, tem também uma função indireta de interpretar o nosso sistema jurídico e, com criatividade, decidir os casos conforme as circunstâncias que lhes são postas. Ao interpretar, os magistrados passam a criar normas jurídicas, que não são propriamente normas em si, mas decisões judiciais que cumprirão a mesma finalidade.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> "Com efeito, o Código Civil (LGL 2002\400) de 2002 traçou perfil político ideológico e fundado no princípio da 'socialidade', foi elaborado por meio da técnica legislativa mista, haja vista adoção de cláusulas gerais, como é o caso da função social e da boa fé objetiva. O direito dos contratos, por conseguinte, adquire novos contornos, é revisto e redimensionado para tornar-se instrumento de cooperação, de modo que o *pacta sunt servanda* deixa de ser absoluto e inarredável, sendo que dá lugar ao equilíbrio contratual, à mitigação da relatividade dos efeitos do contrato e aos princípios da boa fé objetiva e função social do contrato. Impõe-se dessa forma, a concepção econômica do contrato que, não obstante represente a capacidade de circular bens e riquezas, impõe a preservação da finalidade social a partir da relação jurídica pactuada, e nas palavras de Nelson Nery Junior, deve conformar-se à tríplice vertente jurídico-econômico-social. Portanto, com ênfase, o caráter atual da teoria contratual demonstra a efetividade dos novos princípios contratuais o que significa para parte da doutrina,<sup>14</sup> a revisão do ordenamento jurídico em consonância com os preceitos constitucionais, o que nas palavras de Rosa Maria de Andrade Nery, caracterizaria a 'eficácia civil dos direitos privados',<sup>15</sup> de maneira que a função social do contrato, a boa fé objetiva e o equilíbrio contratual traduzem a 'realidade social, econômica e jurídica do século XXI'." FURCK, Christiane Hessler. Conceito legal indeterminado: a função social do contrato e a função criadora do juiz. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, DTR\2008\259, abr. 2008. p. 85.

<sup>195</sup> E complementa: "Nesse prisma, o pensamento jurídico, com efeito, se consubstancia pelo direito eqüitativo, em contrapartida ao direito estrito, conforme a lição de Karl Engisch. Em consonância com o Código Civil (LGL 2002\400) alemão, Nelson Nery Junior nos ensina que, a técnica legislativa do Código Civil (LGL 2002\400) brasileiro, não admitia a definição certa dos institutos jurídicos e, por conseguinte, o engessamento das relações negociais, de maneira que se optou por um método misto de legislar, fundado na casuística e nas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados." FURCK, Christiane Hessler. Conceito legal indeterminado: a função social do contrato e a função criadora do juiz, p. 43.

<sup>196</sup> Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno considera que: "A inafastável consequência da evolução do pensamento do direito e a concordância, entre filósofos e teóricos do direito, de que o fenômeno jurídico não pode ser pensado de forma 'pura' ou 'neutra', despidido de outros elementos que não exclusivamente jurídicos, é a percepção de que o juiz, ao aplicar o direito, é um criador de normas jurídicas. O caráter 'avaliativo', típico do positivismo jurídico do século XVIII a meados do século XX, já não pode mais ser acatado. Trata-se, é certo, de uma modalidade de criação um tanto quanto

A liberdade de interpretação, todavia, deve ser exercida com zelo e cautela para que, ao traduzir o sentido da norma, os magistrados não venham a prolatar decisões subjetivas, o que, de certa forma, violaria a segurança jurídica, dando ensejo à prática de injustiças.

A sociedade precisa sentir a tranquilidade necessária para confiar nos magistrados e em seu poder de criação, não sendo possível permitir que, com a justificativa de que a criatividade judicial poderia surtir um efeito mais desejado a um determinado caso, o magistrado deixe de observar e considerar a legislação específica que serviria para aquele caso.

A utilização de conceitos vagos é uma tendência nova e, embora reconheçamos ser um método que pode trazer certa zona de insegurança aos jurisdicionados, trata-se de uma real necessidade da sociedade que evolui. As relações sociais estão cada vez mais complexas e nos submetem a situações práticas em que os magistrados se tornam peças fundamentais na estrutura, pois é deles a função de aplicar e interpretar a lei, da forma que lhes parecer mais justa, de acordo com o caso concreto.

A faculdade de interpretar os conceitos vagos e aplicar a melhor solução à demanda *sub examine* não exime os magistrados da tarefa de fundamentar as suas decisões. Ao contrário, até mesmo para que as decisões não sejam consideradas subjetivas e venham a ganhar rótulo de “atos discricionários”, a elas devem ser agregados argumentos e farta fundamentação. Afinal, o princípio da motivação das decisões judiciais é uma das garantias fundamentais do processo e, assim, está amplamente resguardado pela nossa Constituição Federal.

Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>197</sup>, ao dissertar sobre as dificuldades inerentes à busca da justiça na modernidade, pondera:

Nas sociedades em que vivemos, em que já não se identificam com tanta clareza, como nos séculos anteriores, uma classe dominante e outras dominadas, as noções de certo/errado, justo/injusto, acabam por tornar-se extremamente rarefeitas. No lugar de duas classes, uma dominante e outra dominada, aparecem diversos segmentos sociais, grupos emergentes fazem pressão, as coisas passam a ser importantes e convenientes segundo determinadas óticas,

---

diferente daquela que está sob responsabilidade do legislador, mas a interpretação e a aplicação do direito, mesmo quando feitas pelo juiz que tem o dever de julgar um caso concreto, são, necessariamente, criativas.” (**Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 78.)

<sup>197</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, p. 158.

extremamente variáveis. Soma-se a este nível de complexidade social o fato de o Poder Judiciário se ter tornado extremamente acessível, o que significa que são submetidas à apreciação do magistrado inúmeras situações a respeito das quais o direito escrito não previu uma solução específica. Uma das saídas encontradas pelos pensadores do direito foi justamente a de encampar com maior nitidez os princípios jurídicos, como sendo elementos normativos no sentido amplo, de molde a que possam influir definitivamente na interpretação das normas escritas, e mesmo desempenhar juntamente com elas, e com outros elementos (como, por exemplo, a jurisprudência), o papel de dados que o juiz leva em consideração para 'construir' a decisão de casos concretos, desde que trate de casos não rotineiros (*hard cases*).

No que tange à valorização dos princípios jurídicos em nosso ordenamento, são eles que criam a possibilidade de desenvolvermos uma técnica muito apurada e inteligente de interpretação da norma, de acordo com as premissas que nortearam a sua criação. Utilizando esse método moderno, os jurisdicionados (e também os advogados e os juízes) passam a avaliar o conteúdo da lei de forma contextual ao caso concreto e em total sintonia com os princípios jurídicos que a nortearam<sup>198</sup>.

Vale lembrar que nem todos os princípios jurídicos possuem propriamente uma natureza constitucional, mas podem encampar outras premissas que, embora não constitucionais, transmitem o espírito do legislador no momento de elaboração de determinada lei.

Eros Roberto Grau<sup>199</sup> distingue os princípios em: (I) princípios com forma de proposição jurídica, traduzidos por normas imediatamente aplicáveis, capazes de subsunção direta ao caso concreto e (II) princípios abertos, que não podem ser caracterizados como previsões normativas.

Os princípios não são regras jurídicas no sentido estrito, uma vez que, se assim os considerarmos, estaríamos a permitir que tivessem de ser respeitados,

---

<sup>198</sup> "Justamente, nesse particular, é que os princípios se relacionam aos conceitos vagos, já que, como se frisou acima, os conceitos vagos suscitam problemas interpretativos. Dissemos que, se linguisticamente o conceito indeterminado é aquele que gera dúvidas quanto à inclusão daquele objeto determinado no seu âmbito de alcance semântico, do ponto de vista jurídico esta dúvida não pode existir, porque o valor segurança é especialmente prezado pelo direito. Se as normas jurídicas, direta ou indiretamente, prescrevem condutas, é necessário que se as entenda de um modo unívoco, para que se esteja orientado quanto ao modo de agir lícito e para que se tenha previsibilidade". WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 376.

<sup>199</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 79.

sempre, o que pode gerar confrontos de um com outros, e até mesmo com a norma. Por exemplo, vemos que, no âmbito do processo, o apego indiscriminado ao princípio do contraditório poderia gerar a interpretação absurda de que não poderia haver em nosso ordenamento jurídico o sistema de liminares, sem que antes seja facultada à outra parte manifestação nos autos.<sup>200</sup>

Para exemplificar, valemo-nos da Lei nº 9.099/1995 que instituiu os juizados especiais cíveis no nosso ordenamento jurídico. Se analisarmos com cautela o artigo 2º da referida lei, verificaremos que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Embora a lei mencione que o artigo 2º trata de “critérios”, fato é que o legislador procurou estabelecer princípios norteadores da referida lei, de forma a permitir que seus destinatários possam interpretar todo o conteúdo da norma de acordo com os princípios escolhidos. Assim, na aplicação de qualquer outro dispositivo da lei nº 9.099/1995, o magistrado não poderá adotar nenhuma postura nem conduzir o processo de forma contraditória aos princípios jurídicos esculpidos no artigo 2º da referida lei.

Há situações concretas em que se denota certo grau de indeterminação dos conceitos jurídicos envolvidos. Há situações outras em que, diante da inexistência de normas específicas reguladoras da matéria, o Judiciário fica impossibilitado de resolver a lide pelo método subsuntivo clássico. Nessas hipóteses, admite-se o uso da criatividade judicial, pelos magistrados, nas situações em que o juiz, não podendo se eximir de decidir, terá de desenvolver iniciativas criativas com o escopo de buscar a solução mais adequada à demanda.

Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>201</sup> alerta, porém, que a utilização da criatividade judicial deve ser limitada aos “*hard cases*”, ou seja, às hipóteses efetivamente difíceis, aquelas que não oferecem muitas alternativas de solução. Nesses casos, aos magistrados cabe lançar mão da criatividade judicial para, aplicando princípios jurídicos e interpretando conceitos vagos/indeterminados, chegarem à melhor solução. No entanto, ressalva a processualista:

---

<sup>200</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória**, p. 64.

<sup>201</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória**, p. 122.

[...] diante de ‘casos fáceis’, identificáveis no mundo dos fatos e disciplinados por normas que levam em conta poucos aspectos da realidade para incidir, e cuja interpretação pelos tribunais majoritariamente não divirja a esse respeito, espaço não há para a criatividade do juiz. Exercê-la seria agir como legislador.<sup>202</sup>

A criatividade judicial é, portanto, um grande aliado ao sistema processual moderno, na medida em que permite que tenhamos decisões judiciais muito mais abrangentes e que traduzam efetivamente a realidade do caso concreto, especialmente nas situações em que a legislação ordinária se mostrar insuficiente para a solução da demanda.

O exercício da criatividade, é importante salientar, não pode ser pleno, uma vez que os magistrados estão condicionados à aplicação concreta da lei, sempre que for possível. O desenvolvimento de decisões criativas em qualquer caso traria ao nosso sistema uma grave insegurança jurídica, além disso, transformaria os magistrados, pode-se dizer, em legisladores e não simples aplicadores da lei.

Citando Mauro Capelletti, Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>203</sup> constata que:

Cappelletti, como é sabido, sustenta que os juízes decidem usando certo grau de criatividade, mas afirma, com a clareza que lhe é habitual e própria, que os juízes não criam a lei. Quando se diz que são *law makers*, está-se, rigorosamente, querendo dizer que eles criam direito, e não que criam leis, já que sua atividade é substancialmente diversa da do Poder Legislativo. Observa, com razão, que a principal característica do juiz há de ser a neutralidade, a equidistância em relação às partes e a seus interesses. Esta característica não existe no que diz respeito à atividade do legislativo e do executivo. Diz Cappelletti que o caráter de parcialidade dos poderes políticos consubstancia-se em elemento fisiológico, não degenerativo, presente também nos regimes políticos mais abertos e representativos, nos quais legislativo e administração são inspirados exatamente pela maioria no poder.

Como é cediço, nos dias atuais, verificamos uma grande tendência para a criação de termos jurídicos genéricos e conceitos vagos/indeterminados, cuja função, não raro, é em conjunto com os princípios jurídicos, servir de diretrizes de orientação para os interpretes e destinatários da legislação. Além disso, a existência de conceitos vagos/indeterminados em nosso ordenamento jurídico dá aos

---

<sup>202</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória**, p. 122.

<sup>203</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória**, p. 102.

magistrados maior liberdade no ato de aplicar e interpretar a lei, de acordo com o caso concreto, sempre que não for possível aplicar a lei de forma automática e usual.

No que tange à metodologia utilizada para a interpretação desses conceitos indefinidos, a doutrina diverge e questiona muito a respeito dessa faculdade de aplicação e interpretação atribuída aos magistrados. Afinal, ao decidir sobre a interpretação de certo conceito indeterminado, estaria o magistrado exercendo alguma espécie de poder discricionário?<sup>204</sup>

Com efeito, parece haver certa confusão temática entre a atividade exercida pelos magistrados relativamente à tarefa de interpretação e aplicação de conceitos vagos/indeterminados e de princípios jurídicos aos casos concretos e a prerrogativa dos administradores públicos ao exercerem o poder discricionário. Na primeira circunstância, vale dizer, o magistrado, diante de uma situação difícil e sem

---

<sup>204</sup> José Manoel Arruda Alvim Neto distancia o conceito de discricionabilidade da técnica utilizada pelo legislador, para o emprego dos conceitos vagos e indeterminados: “Uma realidade que, ao nosso ver, distingue-se da discricionabilidade é outra técnica geralmente utilizada pelo legislador que diz respeito ao emprego, em uma norma jurídica, de conceitos vagos e indeterminados. Qual a relação que pode ser estabelecida entre o poder discricionário, que gera o ato discricionário, e o conceito vago que gera, também, aplicação da lei? Ao nosso ver a distinção é basicamente a seguinte: o poder discricionário investe o Administrador da possibilidade de mais de uma solução legítima, isto é, permitida pela própria lei que o investiu deste poder. Cabe ao Administrador verificar, no e para o caso concreto, qual a solução ‘a’, ‘b’ ou ‘c’, apresenta-se mais adequada para a determinada circunstância concreta e da situação que se encontra quando da prática do ato. Já o conceito vago, na verdade, é um conceito que conduz ou tende, necessariamente, à univocidade, embora haja, muito comumente, uma margem de incerteza a respeito de qual seja o mandamento idealizado pelo legislador e que este deseja ver concretizado. Assim, por exemplo, alguns homens serão inequivocamente calvos, outros não serão e há, certamente, uma área de hesitação e de dúvidas. O conceito vago conduz a um núcleo de evidência da situação e, para além deste núcleo, há uma verdadeira penumbra onde as situações mostram-se como duvidosas, até chegar a uma outra área de evidência, oposta à outra esfera de evidência. Isto, na verdade, figuradamente, é um conceito vago, o qual contém um campo ou espaço em que se percebe ocorrer dubiedade na cognição, e, pois, na deliberação sucessiva. Diferentemente, quanto ao ato discricionário, fala-se em esfera de liberdade, em norma incompleta ou em norma em branco, uma norma que defere a oportunidade e a conveniência do juízo sobre a prática do ato, para o administrador, cujos atos a serem praticados podem ser diversos, sem infração à lei e ao sistema. Alguns exemplos podem aclarar estas noções: quando a lei diz que determinados indivíduos pobres podem freqüentar hospital, pergunta-se: o que é pobre para os fins desta lei? Quem vai ter que assumir uma posição definitiva da situação do que deve ser entendido como pobre, evidentemente, é o administrador. Nem sempre haverá, por exemplo, concordância a respeito do notável saber jurídico de alguém para fins de indicação para um tribunal. Conceitos como moralidade pública, segurança pública e assim por diante ensejam os mesmos questionamentos. Parece-nos, neste esquema, que estamos em face de conceito vago, porque a dúvida é saber quem ou quais pessoas são pobres. No caso do notável saber, igualmente; aqui, parece, o conceito vago coloca-se para os que formam, por hipótese, uma lista tríplice. Mas, diante de uma lista de três pessoas, para serem nomeadas para o cargo, é certo que a escolha é discricionária, porque, dos três, um será escolhido, em conformidade com o critério do administrador.” (Os limites existentes ao controle jurisdicional dos atos administrativos. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 99, DTR\2000\706, jul. 2000. p. 151).

um claro enquadramento legal, deverá interpretar a norma e aplicar os princípios jurídicos de acordo com a razoabilidade. Assim, não é posta à sua disposição outro caminho alternativo de escolha decisória, mas sim um meio para se buscar a melhor e mais justa decisão ao caso.

No que tange à prerrogativa dos administradores públicos, no exercício de poder discricionário, cabe ressaltar que as hipóteses que comportam este tipo de conduta são totalmente diversas do método utilizado pelos magistrados quando da aplicação dos conceitos vagos/indeterminados e princípios jurídicos. Para os administradores públicos é facultado o exercício do poder discricionário sempre que a lei prever mais de uma solução jurídica possível ao caso. Nesta hipótese, e sempre que houver mais de uma forma legal de resolução de determinado problema, ao administrador será facultado escolher uma ou outra solução, dependendo da conveniência, mas nunca se afastando do interesse público e do bem comum.

Marcelo Harger<sup>205</sup>, nesse sentido, esclarece:

O fato é que a forma mais comum de atribuição da discricionariedade é a utilização pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados. Ocorre que, no direito administrativo a análise dessa espécie de conceitos deve ser feita de modo diferente daquela realizada no direito privado. É que enquanto no direito privado cabe ao Poder Judiciário aplicar a lei ao caso concreto, no direito público, em geral, e especialmente no direito administrativo, esta competência está a cargo do Poder Executivo. Por outro lado, enquanto no direito privado o Juiz é o responsável pela determinação do conteúdo desses conceitos, no direito público o controle é um pouco mais restrito, pois o Juiz não pode substituir a discricionariedade do legislador pela sua própria discricionariedade.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 756, DTR\1998\461, out. 1998. p. 11.

<sup>206</sup> E, ao diferenciar os conceitos jurídicos determinados dos indeterminados, complementa: "Os problemas apresentados pela linguagem já foram demonstrados. Isso, contudo, não significa que todos os conceitos utilizados sejam imprecisos. Na realidade o grau de indeterminação varia. Há, por isso, conceitos que são inequívocos e outros cuja equivocidade dificilmente pode ser sanada. É assim que se pode contrapor os conceitos jurídicos determinados aos conceitos jurídicos indeterminados. Os primeiros são aqueles que delimitam a realidade à qual se referem de maneira precisa e inequívoca ou ao menos possibilitam que possa ser precisada diante do contexto em que se encontram. Já os segundos, são dotados de um grau de indeterminação bastante elevado, que dificulta a apreensão de seu conteúdo. Apesar de procurarem delimitar a realidade, eles não o conseguem, a não ser dentro de limites bastante amplos, pois não podem ser quantificados ou determinados rigorosamente. Isso, todavia, não significa que não haja limites para o seu campo significativo. A esse respeito, deve-se ter em mente que todo conceito indeterminado é finito pois as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o qual a comunicação seria impossível." HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, p. 32.

Ao tratar da discricionariedade judicial, a doutrinadora administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>207</sup> ensina:

[...] no caso da função jurisdicional, não se pode conceber que o Juiz tivesse várias opções, para escolher segundo critérios políticos; caso contrário, poder-se-ia admitir que, depois de decidir a lide, pela aplicação da lei segundo trabalho de exegese, restariam outras soluções igualmente válidas.

Pois bem. Para o exitoso desempenho da atividade exercida pelos magistrados contemporâneos, a eles deve ser atribuído certo grau de criatividade no método de tomada de decisões, sempre objetivando o resultado mais justo e mais adequado ao caso concreto. Espera-se dos magistrados mais iniciativas para a interpretação da nossa legislação em busca de decisões cada vez mais corretas e legítimas.

Na ótica de Olavo de Oliveira Neto<sup>208</sup>:

[...] o atual perfil da atividade jurisdicional e do magistrado que a exercita exige, além da postura tradicional da solução de controvérsias, uma atividade valorativa dirigida à implementação dos valores contidos na Constituição Federal, com o fito de preencher o conteúdo das normas fundadas em conceitos não determinados, cada vez mais comuns em nossa legislação.

Na mesma linha de raciocínio, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>209</sup> leciona:

Em simetria com este novo contexto, o juiz contemporâneo não tem mais como se manter neutro e indiferente, distante do calor dos acontecimentos, acomodado ao frio mister de singelo aplicador das normas aos fatos, até porque a complexidade da vida social, associada à velocidade dos acontecimentos não raro atropelam as ocorrências positivadas, fazendo a cada passo emergir situações de verdadeira *aporia*, onde não se encontra a norma que deveria regular o caso concreto, levando-se a que, não raro, tenha o juiz que preencher, com prudência e sensibilidade, as lacunas e os conceitos vagos e indeterminados, cada vez mais emergentes no Direito brasileiro.

---

<sup>207</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, p. 46.

<sup>208</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: MOREIRA, Alberto Campinas; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**. Estudos em homenagem ao professor Sergio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 199.

<sup>209</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**, p. 446.

Ao aplicar princípios jurídicos e conceitos vagos/indeterminados, o magistrado não estará exercendo o típico poder discricionário que é atribuído aos agentes da administração pública. Ao contrário, o fenômeno da criatividade judicial não se confunde com a prática de atos discricionários<sup>210</sup>, na medida em que aos magistrados somente é permitido o desenvolvimento de método criativo para a tomada de decisões em casos difíceis (*hard cases*), aos quais não é possível aplicar diretamente o que determina a lei.

---

<sup>210</sup> “Nos casos-limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir ‘a consciência jurídica geral’. A repetição do julgamento de casos similares, com a adoção do entendimento prevalecente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade àquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariedade judicial”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva., 2010. p. 125.

## **CAPÍTULO 3 – O FUTURO: OUTROS FATORES DE RELEVÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO MODELO DE PROCESSO PARTICIPATIVO**

### **3.1 A ADAPTABILIDADE DO PROCEDIMENTO COMO MÉTODO DE FORTALECIMENTO DA ESTRUTURA PROCESSUAL**

Em uma sociedade que está em constante evolução, como a que vivemos, o conceito de “adaptabilidade” precisa estar naturalmente inserido no bojo das relações sociais, políticas e econômicas. É preciso que tanto as instituições quanto as pessoas que dela participam, tenham a sensibilidade necessária para adaptar-se às diferentes realidades de cada tempo: ora momentos de maior tranquilidade, ora situações de maior instabilidade. Em suma, toda e qualquer circunstância que surgir deve ser naturalmente incorporada por todos, no sentido de buscar a melhor estratégia de sobrevivência em face das mudanças.

Esse aludido senso de adaptabilidade também deve permear o ordenamento jurídico. O legislador moderno já percebeu que o dinamismo da nossa sociedade não comporta mais a criação de leis rígidas, que não dão espaço para o exercício da criatividade dos magistrados nas suas decisões. Suspeita-se ser esta a razão por que o legislador aprimora uma nova técnica legislativa e o objetivo não é outro senão trazer para o interior do nosso ordenamento jurídico cláusulas gerais abertas e conceitos vagos/indeterminados. Essa mudança de estratégia legislativa permite que a legislação pátria possa perdurar no tempo e, assim, produzir os resultados que a sociedade espera e precisa.

Os juízes, portanto, quando da aplicação do direito material, devem estar atentos para poderem fazer a melhor interpretação da norma e, assim, aplicá-la ao caso concreto da forma que lhes parecer mais adequada e justa. É essa sensibilidade/criatividade dos magistrados, quando da aplicação do direito material, que permitirá a manutenção do equilíbrio na aplicação da norma ao caso concreto.

Mas será que o conceito de adaptabilidade – da norma ao caso concreto – também deve ser aplicado na esfera processual e procedimental?<sup>211</sup> Seria possível e, especialmente importante, permitir-se a adaptação de normas processuais e procedimentais aos casos concretos diariamente submetidos ao Poder Judiciário? Entendemos que sim, mas com certos limites.

Sobre o nosso processo, é pressuposto de sustentabilidade da técnica processual a exigência de que os instrumentos processuais sejam escolhidos e utilizados em conformidade com os casos concretos. Diante da diversidade e da riqueza técnica do Código de Processo Civil pátrio, escolhe-se a melhor medida a ser adotada de acordo com o direito material tutelado. De todo modo, sabemos que, para que tenhamos maior efetividade e adequação da tutela jurisdicional, não importa contar unicamente com os institutos processuais propriamente ditos.

Cada vez mais e, de acordo com a concepção de processo como instrumento e instituição, valiosa é a participação dos procedimentos na árdua tarefa exercida pelo Poder Judiciário. Processo e procedimento, na verdade, segundo expressiva parte doutrina, compõem, somando-se um ao outro, a relação jurídica processual: o primeiro como dado substancial e o segundo como aspecto formal, de ordem estrutural, pois é por meio dele – do procedimento – que o processo se

---

<sup>211</sup> “O Código de Processo Civil (LGL\1973\5) brasileiro é bastante rígido quanto à idéia de procedimento, separando, com grande nitidez - e no que diz respeito, especificamente, ao chamado processo de conhecimento, o procedimento comum dos especiais (arts. 271 e 272 do CPC (LGL\1973\5)). Em cada um destes procedimentos, a seqüência dos atos processuais, os prazos processuais, as oportunidades para que as partes e seus advogados se manifestem em juízo e para que o juiz determine a produção da prova correspondente e decida é bem definida e, neste sentido, rígida, típica, pré-determinada pela lei e, conseqüentemente, fora da possibilidade de alteração pelas partes e pelo próprio juiz. São, com efeito, raríssimas as hipóteses em que, no CPC (LGL\1973\5) brasileiro, as partes e o juiz têm alguma maleabilidade quanto à fixação da ordem, do lugar, do tempo e do modo de prática dos atos processuais. [...] No direito brasileiro, a regra que chegou mais perto desta ‘flexibilização’ procedimental é a que constava do antigo art. 331, § 2º, do CPC (LGL\1973\5), na sua redação original, dada pela Lei 8.952/94, mas que não foi mantida na atual redação, que lhe deu a Lei 10.444/2002. [...] O que é bem claro entre nós e que, no particular, vem sendo aperfeiçoado pelas mais recentes alterações da lei processual civil, é a necessidade de se realizar uma maior otimização dos atos processuais (princípio da economia processual), mas isto não autoriza, para o magistrado, que ele crie um novo procedimento atentando as características de cada caso concreto. O que, para o direito brasileiro pode ocorrer é uma redução dos atos processuais dedicados à colheita de prova (fase instrutória) sempre que o magistrado reconhecer que não há necessidade da produção de provas em audiência, suficientes as provas documentais trazidas pelas partes na fase postulatória, isto é, com a petição inicial do autor e com a contestação do réu. É o que o CPC (LGL\1973\5) brasileiro denomina de ‘julgamento antecipado da lide’ (art. 330 do CPC (LGL\1973\5)).” BUENO, Cássio Scarpinella. Os princípios do processo civil transnacional e o código de processo civil brasileiro: uma primeira aproximação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 122, DTR\2005\306, abr. 2005. p. 167.

desenvolve, com toda a sua complexa sequência de atos, interligados de forma a criar condições para a existência do provimento jurisdicional que ponha fim à lide<sup>212</sup>.

Talvez uma das maiores dificuldades no estudo do processo civil esteja na verdadeira distinção entre processo e procedimento.<sup>213, 214</sup>

Elio Fazzalari<sup>215</sup>, por exemplo, junta os dois conceitos e considera que o processo é um procedimento regrado pelo princípio do contraditório. Na concepção do processualista:

O processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a

<sup>212</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flavio Correia de. **Curso avançado de processo civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I. p.181.

<sup>213</sup> “A Doutrina, em que pese a pouca relevância atual, durante muito tempo preocupou-se em distinguir processo de procedimento. De um lado, conceitua-se processo como sendo uma relação jurídica formada para o exercício da jurisdição sobre uma determinada causa e, por outro, o procedimento como o rito ou o conjunto de requisitos extrínsecos que devem ser observados na prática dos atos de cada processo e a série ou modo de encadeamento desses atos e os prazos em que devem ser praticados. Em razão do princípio da legalidade, que rege a atuação do Estado e de seus agentes, dentre eles os magistrados, todo o processo judicial, como uma relação jurídica de direito público, tem o seu procedimento previsto em lei. Distinguem-se, ainda, os dois institutos afirmando-se que o processo é o conteúdo e o procedimento é a forma. Nesse sentido, o primeiro é o conjunto de atos e vínculos gerados pelos diversos sujeitos que dele participam, enquanto o segundo é o conjunto de requisitos formais desses atos e o modo pelo qual se encadeiam numa série contínua, que está sempre em movimento. Por ser o processo uma relação dinâmica, os diversos procedimentos existentes determinam que, terminado o prazo para a prática de um ato, começa a correr o prazo para a prática do ato imediatamente seguinte.” (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, p. 254-255).

<sup>214</sup> “A discussão eminentemente processual travada para distinguir processo de procedimento ganhou índole constitucional a partir de 1988. O constituinte brasileiro atribuiu competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, para legislar sobre procedimentos em matéria processual - inciso XI do artigo 24 da Constituição da República (LGL\1988\3). Enquanto isso, a competência para legislar sobre direito processual, embora privativa da União - inciso I do artigo 22 da Carta - foi amenizada pela previsão do parágrafo único desse mesmo dispositivo. Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nos vinte e nove incisos do preceito. Receberam os Estados-Membros poder de que não dispunham na ordem constitucional anterior. Não cuidaram, contudo, de exercê-lo. Talvez em virtude da dificuldade na precisa conceituação de procedimento, de elaboração científica relativamente recente. O traçado de lindes entre processo e procedimento propiciará iniciativas estaduais de desincumbência da atribuição até agora não exercida. Com reflexos na otimização do serviço público judicial. É necessário uma vez mais o contributo dos processualistas. Na continuidade da produção de significativas modificações no processo brasileiro, tornando-o efetivo instrumento de realização de Justiça. Tais como o foram o alargamento do conceito de legitimidade, sufocado pelo art. 6º do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), a criação dos Juizados Especiais, o aperfeiçoamento das teorias dos direitos difusos e coletivos. A delimitação da esfera destinada ao Estado-Membro no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional mediante simplificação procedimental constitui tarefa urgente e a ser vencida pela moderna processualística pátria.” NALINI, José Renato. Processo e procedimento - distinção e celeridade da prestação jurisdicional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 730 DTR\1996\365, ago. 1996. p. 673.

<sup>215</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-119.

participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. [...] É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa que os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, o contraditório.

Para José Manoel Arruda Alvim<sup>216</sup>:

A distinção entre processo e procedimento, em grande parte produto da elaboração científica em torno do processo, ocorrida no último quartel do século passado, teve a maior serventia para o desenvolvimento do Direito Processual Civil, podendo-se mesmo afirmar, que essa distinção, ao isolar o processo dos procedimentos, conferiu ao primeiro a base para a construção de sua autêntica categoria jurídica. Elevado que foi o processo à categoria jurídica autônoma, emergida da percepção do que havia de constante nos procedimentos, lançou-se, então, a pedra fundamental do magnífico edifício da ciência jurídica processual.

Direito processual é o conjunto de princípios e regras destinados ao estudo e à regulamentação do processo, meio estatal de solução de controvérsias. O importante é que esse mecanismo seja apto a possibilitar o cumprimento dos objetivos a que se propôs o Estado ao chamar para si a função jurisdicional. Toda técnica processual é construída para obter resultados, que, em última análise, é a garantia dos próprios interessados.

A observância da técnica tem essa finalidade específica: garantir que os interessados na atividade jurisdicional possam dispor de instrumento adequado e seguro, cuja utilização lhes proporcione a solução justa para a situação de direito material trazida à apreciação do Estado-juiz. A técnica processual está, portanto, a serviço de um fim. Por isso, o processo deve ser concebido como instrumento de realização de direitos.<sup>217</sup>

Concebemos o procedimento como um conjunto de regras que estabelecem o *modus operandi* dos atos processuais, sua ordem no desenvolvimento do processo, o tempo que as partes têm para realizá-los, entre outras situações que ditam a ordem e o trâmite do processo.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de. "**Direito processual civil**". Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 1972. v. I. p. 314.

<sup>217</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, p. 41.

<sup>218</sup> "Um ponto aqui, antes de considerações outras, deve ser destacado, que aparentemente a doutrina deixa sem maior destaque: o procedimento é, sempre, ritualizado. Com isso queremos dizer que essa ordenação estrutural de atos processuais traz consigo também uma disciplina cronológica, ou seja, o procedimento responde não só quais serão os atos do processo, mas também quando

Nesse sentido, o nosso Código de Processo Civil, em vários dispositivos, prevê diretrizes que devem ser observadas na prática dos atos processuais. São diretrizes indisponíveis e que devem ser naturalmente respeitadas pelas partes e pelo juiz, sob pena de violação do devido processo legal.

Mas o que acontece quando o magistrado se depara com determinada situação na qual não há propriamente uma definição clara de como seguir e como atuar, com relação ao procedimento mais adequado para a solução do litígio? Nestas hipóteses, entendemos que o magistrado, no exercício dos seus poderes e deveres, deverá adotar todas as medidas que julgar mais convenientes e necessárias para gerir o, respeitadas, porém, as garantias fundamentais do processo como o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Neil Andrews<sup>219</sup>, ao analisar o sistema inglês, diz que:

As CPRs alistem diversas responsabilidades concernentes a esta função de gerir processos. Os itens que compõem esta nova função ativa dos tribunais não estão enumerados de forma exaustiva. Juízes, principalmente os de primeira instância, têm as seguintes responsabilidades gerenciais: cooperação e acordo: encorajar a cooperação entre as partes; auxiliar as partes a chegar a um acordo, quanto à controvérsia ou quanto à parte dela; encorajar soluções alternativas para a controvérsia; se necessário promover a suspensão do processo para permitir tais negociações ou discussões fora do tribunal; determinar o que é relevante e o que é prioritário; ajudar a identificar as questões do caso; definir a ordem de resolução das questões; decidir quais questões exigem julgamento integral e quais podem ser tratadas de forma sumária; tomar decisões sumárias: decidir sobre o início de uma audiência sumária; ou se a petição inicial (ação) ou defesa devem ser inadmitidas por não serem viáveis (inclusive tornando esta inadmissão o resultado automático

---

estes atos deverão ter lugar. Muito adequada, assim, a conceituação de procedimento judicial como rito, posto que explana satisfatoriamente a necessidade de obediência à sequência temporal a que os atos predeterminados deve obedecer. Esta é uma questão fundamental. O procedimento não seria de forma alguma adequado se simplesmente determinasse quais atos ocorreriam em quais processos, deixando sua seqüência ao arbítrio do juiz - o resultado seria que dificilmente haveria respeito ao contraditório. É exatamente o que ocorre com o inquérito policial e é por isso que não pode ele ser qualificado de 'procedimento'. Na mesma linha de raciocínio, é de fundamental relevância a integralidade do procedimento, isto é, deve ser garantido às partes, como já vimos, que tanto os atos quanto sua seqüência sejam minimamente preestabelecidos sob o critério básico do contraditório, mas é preciso também que essa seqüência não seja mutilada, não seja reduzida de forma arbitrária. Para que se possa qualificar o procedimento de 'adequado', portanto, ele tem inicialmente de ter uma carga de cogência não só pra o juiz, mas também para as partes, isto é, ser indisponível. Podemos então concluir que o procedimento adequado pressupõe também integralidade e indisponibilidade". BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado a interação do binômio processo/procedimento e sua importância para o *due process of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, DTR\1998\62, jan. 1998. p. 220.

<sup>219</sup> ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, p. 74-75.

da falta de cumprimento à ordem dos procedimentos, ou se o processo deve ser extinto na fase de questões preliminares; desconsiderar questões, promover o fluxo ágil do processo: fixar prazos e controlar o andamento do processo de outras maneiras; das instruções que levarão o caso a julgamento o mais rápida e efetivamente possível; controlar as custas: decidir se determinada providência durante o processo é economicamente viável, levando em conta a importância do pedido formulado [...].

Antônio do Passo Cabral<sup>220</sup>, sobre a necessidade de manutenção de regras voltadas à fixação do procedimento, manifesta-se da seguinte forma:

De outro lado, se o procedimento fosse livremente construído pelos sujeitos processuais, orquestrado diferentemente a cada apresentação e com harmonia diversa a cada compasso, seria duvidosa e inconsistente sua capacidade de efetivamente proteger os direitos, o que por vezes ocorreria e em outras não. Assim, a liberdade tem que ceder espaço a uma certa disciplina formal, garantindo-lhe eficiência. Vale lembrar que, se a ordenação, por um lado, pode tornar o procedimento mais lento e burocrático em alguns casos, na maioria das vezes as formalidades evitam o atraso maior que poderia advir da desordem, cuja lentidão seria imprevisível. Ou seja, para estabilizar as relações jurídicas, as formalidades produzem uma gestão de risco do insucesso do procedimento: trocam uma melhora possível (a rapidez e justeza apenas potenciais), pela previsibilidade de evitar, na maior parte dos casos, um completo desastre.

Observamos que o nosso Código de Processo Civil não dá muita margem aos magistrados adaptarem os procedimentos aos casos concretos<sup>221</sup>, o que acaba

---

<sup>220</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades do processo moderno**, p. 9.

<sup>221</sup> “Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz, embora possam também ser inteiramente disciplinadas em lei. Em regra, os sistemas filiados ao tronco anglo-saxão são predominantemente adversariais, enquanto que os inquisitoriais existem preponderantemente nos sistemas filiados à família romano-germânica. No modelo clássico, simétrico e persuasivo da *common law*, dito adversarial, o procedimento está caracterizado pelo desenvolvimento de diálogo entre as partes e pela passividade do juiz diante da investigação da verdade e da disciplina do procedimento. Este modelo, dito isonômico, põe as partes em pé de igualdade, cabendo ao juiz papel de expectador dos debates e fiscalizador das regras do jogo (inclusive quanto às relativas ao procedimento), sendo-lhe, na origem, vedado intervir na inexistência de discordância de um dos litigantes quanto ao comportamento do outro, pois que o direito processual nestes sistemas é disponível como regra. Por outro lado, no modelo moderno ou assimétrico, dito inquisitorial, tão caro aos sistemas do tronco romano-germânico, o procedimento é caracterizado por forte ativismo judicial, ou seja, por um juiz que participa ativamente do procedimento e da investigação da verdade. É considerado assimétrico justamente por conta dessa participação do juiz que verticalizando a relação jurídica processual, acaba por desigualar a relação de isonomia entre as partes”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 163, set. 2008. p. 161.

por gerar certa rigidez e entorpecimento do sistema processual, além de não permitir que este atinja o nível de eficiência que dele se espera.

Assim, com relação aos procedimentos, seria preciso a adoção de um critério menos rígido, especialmente para que possam incrementar a nossa técnica de utilização dos institutos processuais.

O projeto de lei<sup>222</sup> que visa instituir um novo Código de Processo Civil no Brasil, mais atento à importância de se conceber poderes aos juízes para o fim de, em determinadas situações, adaptar o procedimento ao caso concreto, prevê no artigo 118, c seguinte:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições desse código, incumbindo-lhe:  
[...]  
V- dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

A delegação de maiores poderes aos magistrados para o fim de adaptar os procedimentos de acordo com os casos concretos somente terá sentido se houver um esforço dos próprios juízes na condução cautelosa dos processos, especialmente para que os atos de liberalidade praticados não sejam confundidos com atos discricionários. Pertence aos magistrados e à jurisprudência, a missão de comprovar aos jurisdicionados que a existência de uma norma processual mais aberta é vantajosa e permite que o Poder Judiciário possa ter uma atuação mais ampla, rápida e eficiente na solução dos litígios que lhe são submetidos.

A possibilidade de adaptação e de flexibilização dos procedimentos, pelos magistrados, aos casos concretos não representam perigo às garantias fundamentais, uma vez que toda e qualquer situação técnica em que for cabível e necessária a intervenção dos magistrados, com a adoção do melhor procedimento (técnica), deve ser acompanhada de medidas garantidoras dos princípios fundamentais, tal como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e o devido processo legal.

Conforme pontua Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>223</sup>:

---

<sup>222</sup> Originariamente, PL 166/2010.

<sup>223</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 102.

[...] engana-se, portanto, quem vincula o respeito ao devido processo legal à obediência de um trâmite processual estabelecido em regras rígidas fixadas em lei. Além disto não constar em nenhum dispositivo constitucional, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal não determina que o processo siga à risca as normas procedimentais estabelecidas em lei, mas sim que seja oportunizado às partes o direito a um processo justo, isto é, onde lhe seja assegurado o respeito às garantias constitucionais (contraditório, isonomia, juiz natural etc.) e às oportunidades previstas na norma processual, algo que pode ser perfeitamente alcançado ainda que com um procedimento que se adapte judicialmente à realidade.

A criação de procedimentos processuais adequados é um método útil para tornar o processo mais eficiente<sup>224</sup>, mas também não podemos permitir que o nosso sistema conceba procedimentos que, ao contrário de potencializar a função do processo, venham a criar ainda mais entraves para a prestação jurisdicional, burocratizando o caminho para a outorga desta mesma prestação jurisdicional. É o que acontece hoje, com o tema destinado aos procedimentos especiais no CPC.

Conforme previsto no CPC de 1973, há um livro inteiro (Livro IV) dedicado aos procedimentos especiais, com a regulação do tema entre os artigos 890 a 1.210. São, ao todo, quinze procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e dez atinentes a procedimentos especiais de jurisdição voluntária, muitos deles, entendemos, totalmente desnecessários e sem qualquer utilidade para a nossa sociedade. Seria necessário, portanto, uma revisão<sup>225</sup> desses institutos apta a atualizar e adaptar os procedimentos especiais ao nosso tempo e, mais do que isso,

<sup>224</sup> “Por maior autonomia que se dê ao processo e à ação, o certo é que ditos institutos não existem por si nem se exaurem em si. Todo mecanismo processual nasceu e se aperfeiçoou em razão da necessidade de eliminar, no seio da sociedade, os conflitos jurídicos, o que se consegue por meio de definição e execução, feitas por agentes estatais, dos direitos materiais envolvidos no litígio. Em última análise, o objeto visado pela prestação jurisdicional é, pois, o direito subjetivo dos litigantes em nível substancial ou material. Sem dúvida, a lei, adequada à ciência processual moderna, procura instituir sistema de tramitação das causas que se mostre mais simples e o mais universal possível [...] Contudo, haverá sempre algum detalhe da mecânica do direito material que, eventualmente, reclamará forma especial de exercício no processo [...]. Positivada, destarte a realidade da insuficiência do procedimento comum, não consegue o legislador fugir do único caminho a seu alcance, que é o de criar procedimentos cuja índole específica seja a adequação às peculiaridades de certos direitos materiais a serem disputados em juízo.” THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. III. p. 5.

<sup>225</sup> O Projeto que visa instituir um novo CPC ao nosso ordenamento jurídico prevê algumas boas mudanças em matéria de procedimentos especiais. Além de expurgar do ordenamento jurídico algumas técnicas totalmente ineficazes, deu aos procedimentos de “jurisdição voluntária” uma nova nomenclatura, ou seja, “procedimentos não contenciosos”. Por outro lado, tendo em vista que um dos objetivos do legislador na exposição de motivos do projeto foi conceder uma maior organicidade e coesão ao sistema, entendemos que a revisão dos procedimentos especiais poderia ter sido mais radical, especialmente para eliminar do ordenamento jurídico todos aqueles procedimentos que, com um pouco de colaboração e participação dos magistrados e também das partes, poderiam ser substituídos pelo rito comum ordinário.

a eventuais necessidades futuras da sociedade, sem que isso signifique mudanças legislativas bruscas.

Para que possamos chegar à conclusão de quais procedimentos especiais deveriam existir e quais poderiam ser expurgados do nosso ordenamento jurídico, deve-se avaliar uma única premissa: somente faz sentido a existência de determinado procedimento especial, caso a natureza do direito tutelado justifique a criação de algumas garantias procedimentais em adição às que usualmente temos no nosso ordenamento jurídico.

Assim, os procedimentos especiais, qualquer que seja a natureza, deverão ser criados quando, na visão do legislador, for necessário conferir a certa modalidade de direito, proteção suplementar às que usualmente existem. Essa “proteção”, regulamentada nos procedimentos especiais, será concedida sempre com a finalidade de manutenção da ordem jurídica, das premissas constitucionais e, especialmente, para permitir uma outorga mais rápida e adequada da prestação jurisdicional.

Alguns exemplos de procedimentos especiais que atualmente fazem parte do nosso ordenamento jurídico, seja porque estão ultrapassados, seja porque não necessitam de metodologia diferenciada para que se possa fazer valer o direito tutelado, podem ser citados: ação de depósito, ação de anulação e substituição de título ao portador, ação de nunciação de obra nova, especialização da hipoteca legal, ação de prestação de contas, ações possessórias, habilitação e restauração de autos, vendas a crédito com reserva de domínio. Esses instrumentos poderiam ser facilmente expurgados do meio jurídico e não fariam falta ao jurisdicionado, uma vez que o direito por eles tutelado poderia também ser protegido, sem qualquer prejuízo, pelo procedimento comum.

Por outro lado, ressaltamos, para a manutenção da ordem, eficiência jurisdicional e garantia de algumas modalidades de direitos, será necessária a existência dos seguintes procedimentos especiais: ação de consignação em pagamento, ação de divisão e da demarcação de terras particulares, ação de usucapião, inventário e partilha, e ação monitória. Essas são algumas situações as quais o legislador deve garantir, com maior previsibilidade, que o jurisdicionado tenha à sua disposição a metodologia mais adequada para a outorga da prestação jurisdicional. De todo modo, vale dizer que em várias situações os magistrados

poderão, com mais eficiência do que o legislador, nos casos concretos, definir qual o caminho procedimental a seguir, especialmente para que se tenha uma atuação jurisdicional mais personalizada e adequada.

Por tal razão, entendemos que o mais adequado seria delegar aos magistrados a função (poder-dever) de escolher e utilizar a melhor técnica processual, de acordo com o direito tutelado. Com criatividade e responsabilidade, os procedimentos estariam sempre adequados à realidade, permitindo uma modernização diária do nosso sistema, isto contando com o apoio e a habilidade dos magistrados.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina<sup>226</sup>, sabedores da importância de se conceder ao juiz poder de modelação dos procedimentos aos casos concretos, afirmam que:

Inexistindo procedimento explicitamente previsto no sistema, o procedimento adequado deverá ser modelado pelo juiz, de acordo com os parâmetros oferecidos pelas partes, já que a ausência de tal procedimento adequado à tutela do direito substantivo significaria a negativa de existência de tal direito.

E essa função - de adaptar os procedimentos aos casos concretos -, contudo, não é apenas dos magistrados. Como é sabido, o artigo 24, XI, da Constituição Federal prevê que há competência concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal para legislar sobre os procedimentos em matéria processual.

Conforme observa Guilherme Peres de Oliveira<sup>227</sup>:

[...] evidente que a concessão desse poder-dever do juiz não exime o legislador do mesmo dever de criar procedimentos adequados à tutela do direito material, o qual é chamado de princípio da adequação pela doutrina processual brasileira mais tradicional. Essa constatação, por si só, já serve a demonstrar que a adaptação do procedimento pelo juiz será atividade radicalmente excepcional, eis que, em tese, o legislador deverá ter criado, em abstrato, procedimentos adequados. Dessa forma, esses procedimentos só poderão ser excepcionados mediante a constatação de existência de peculiaridades no caso concreto, que o diferencie dos casos 'comuns' imaginados pelo legislador, com base nos quais ele criou os procedimentos em abstrato.

---

<sup>226</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 54-55.

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade judicial do procedimento cível**. 2010. 181 fls. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2010. p. 145.

Ao que parece, o legislador constitucional, sensível à grande extensão territorial, permitiu que os estados-membros da federação possam também adotar mecanismos próprios de matéria procedimental bem como adequar a técnica processual às realidades regionais, em prol dos jurisdicionados locais<sup>228</sup>.

De todo modo, inobstante a previsão constitucional que autoriza uma maior participação do legislador estadual na definição de códigos de procedimentos processuais, não vemos qualquer movimento mais arrojado no sentido de iniciativas voltadas para essa finalidade<sup>229</sup>.

O procedimento é, portanto, a “alma” do processo. É do procedimento a função de auxiliar as partes e os magistrados na adoção da melhor técnica, em prol de uma maior efetividade do sistema. Sendo assim, somente teremos um cenário mais adequado à modernidade se concedermos aos magistrados uma maior liberdade na adoção de mecanismos que possam adequar a técnica procedimental aos casos concretos que são postos à apreciação do Poder Judiciário.

Por outro lado, considerando a absoluta negligência legislativa dos estados a respeito desse tema, seria de grande valia uma maior reflexão de todos sobre as medidas que podem e devem ser adotadas em cada estado da federação, a fim de criar regras procedimentais de acordo com a realidade de cada região, iniciativa que impulsionará o processo para o exercício mais rápido e qualitativo da função que lhe é inerente.

---

<sup>228</sup> No Estado do Amazonas, por exemplo, tendo em vista a grande dificuldade de penetração do Poder Judiciário perante as comunidades ribeirinhas, subsiste o que é chamado de “citação por toco”, ou seja, quando da existência de uma determinada demanda judicial ajuizada em face de algum morador de comunidade ribeirinha, o oficial de justiça não procede a citação pessoal do Réu (tendo em vista a absoluta incapacidade material para tanto), mas fixa o “comunicado de citação” em uma árvore na área mais próxima à beira do rio que compõe a comunidade do demandado. Assim, a informação é lida e rapidamente circula entre os moradores locais, chegando ao réu-interessado. Esta técnica, exclusiva de regiões de difícil acesso, reduz bruscamente o quantitativo de citações negativas e, assim, melhora a eficiência do Poder Judiciário.

<sup>229</sup> Recentemente, o Estado de São Paulo, por iniciativa do Deputado Fernando Capez, desenvolveu uma primeira minuta do que seria um código de procedimentos processuais para o Estado de São Paulo (PL 1.258/2009). Vale dizer que o conteúdo do referido código misturava conceitos processuais com procedimentais (o que acarretaria a inevitável inconstitucionalidade do projeto), como também dispunha sobre questões que nada têm a ver com processo ou procedimento. Por exemplo, na primeira minuta do PL havia previsão expressa determinando a reserva de um percentual “X” de vagas de garagem nos Fóruns do Estado, a serem destinadas aos advogados. Afinal, o que a reserva de vagas de garagem tem a ver com procedimentos em matéria processual?

### 3.2 UMA QUESTÃO: SERIA POSSÍVEL EQUILIBRAR O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL?

Tema de grande evidência nos dias de hoje, o ativismo judicial<sup>230</sup> prestigia a delegação de poderes aos magistrados com o escopo de dinamizar a metodologia de condução dos processos e, assim, estabelecer a melhor e mais justa solução judicial para cada caso submetido ao Poder Judiciário.

Sendo certo que o magistrado deve ser o principal sujeito no cenário judicial, espera-se a conduza o processo com grande vigor e determinação, especialmente na tomada de decisões e na instrução probatória.

Os ativistas judiciais mais acirrados admitem a possibilidade de, em algumas situações, haver a mitigação de alguns princípios jurídicos importantes, em prol da realização da justiça. Justiça, na concepção e dita por quem decide, logicamente.

Tratar da liberdade do juiz implica rememorar antigos conhecimentos que a cultura ocidental em tempos mais remotos nos legou, principalmente ao enfrentar o sentido da igualdade grega (*isonomic*) e da liberdade.

Hannah Arendt<sup>231</sup>, a propósito, afirma que ser livre, para os gregos, significava, ao mesmo tempo, não estar sujeito às necessidades da vida, nem ao comando de outro e também não comandar. E complementava, mais adiante:

---

<sup>230</sup> O ativismo judicial, também chamado de judicialização da política, é definido pela doutrina de diversas formas. Ele surge com o fim do constitucionalismo liberal e o nascimento do constitucionalismo social (Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919), ganhando espaço após a Segunda Guerra Mundial, com a ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que regem as constituições sociais. Visa a tornar efetivo o projeto de Estado Democrático de Direito traçado pelas constituições. Guarda estreita relação com a participação ativa dos magistrados na proteção dos princípios constitucionais, por meio do controle da atividade dos demais poderes (notadamente sobre suas omissões e excessos), e com viés constitucional. Alguns autores chegam a comparar o ativismo judicial do Poder Judiciário ao Poder Moderador existente no Brasil Imperial. Há, no Brasil, fortes opositores tanto quanto defensores. Cf. WIKIPEDIA. **Ativismo judicial**. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo\\_judicial](http://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo_judicial)>. Acesso em: 24 out. 2011).

<sup>231</sup> Conhecida como a pensadora da liberdade, Hannah Arendt viveu as grandes transformações do poder político do século 20. Estudou a formação dos regimes autoritários (totalitários) instalados nesse período - o nazismo e o comunismo - e defendeu os direitos individuais e a família, contra as "sociedades de massas" e os crimes contra a pessoa. Sua obra é fundamental para entender e refletir sobre os tempos atuais, dilacerados por guerras localizadas e nacionalismos. Para ela, compreender significava enfrentar sem preconceitos a realidade, e resistir a ela, sem procurar explicações em antecedentes históricos. Embora fosse de família hebraica, não teve a educação religiosa tradicional judia e sempre professou sua fé em Deus de forma livre e não convencional. Combateu com toda a alma os regimes totalitários e condenou-os em seus livros "Eichmann em Jerusalém" e "As origens do

A igualdade, longe de ser relacionada com a justiça, como nos tempos modernos, era a própria essência da liberdade; ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de comandar e de mover-se numa esfera onde não existiam governo nem governados.

Não é assim que hoje concebemos a ideia de liberdade. Para nós, nos dias atuais, a ideia de liberdade está relacionada com a de justiça. Quando se diz que o juiz é livre, diz-se que é livre para ser justo e não livre para libertar-se das necessidades da vida e para conquistar a liberdade do mundo.<sup>232</sup>

José Levi Mello do Amaral Junior e Juliano Ramos Monteiro<sup>233</sup>, em um primeiro momento, consideram o ativismo judicial um instrumento necessário para o estágio em que se encontra a sociedade moderna, uma vez que permite uma melhor concretização dos direitos fundamentais e até mesmo a distribuição da justiça social.

Como supostas vantagens, o ativismo judicial: a) proporciona a consciência de um Estado Democrático de Direito; b) consagra uma nova importância ao constitucionalismo; c) realça os reais valores da Constituição; d) garante acesso ao Judiciário; e) preserva e oportuniza o exercício de direitos e garantias fundamentais; f) amplia as conquistas sociais via determinação judicial; g) maximiza os direitos em geral; h) efetiva o sistema de freios e contrapesos, entre outras.

Como principais críticas ao ativismo judicial<sup>234</sup> os citados autores enumeram as seguintes: a) enfraquece os poderes constituídos; b) falta de

---

totalitarismo". No primeiro, estuda a personalidade medíocre de Adolf Eichmann, formulando o conceito da "banalidade do mal". Em seus depoimentos, Eichmann disse que cumpria ordens e considerava desonesto não executar o trabalho que lhe foi dado, no caso, exterminar os judeus. Concluiu que ele dizia a verdade: não se tratava de um malvado ou de um paranoico, mas de um homem comum, incapaz de pensar por si próprio, como a maior parte das pessoas. Essa afirmação é um eco da frase do filósofo e matemático francês Pascal (1623-1662): "Nada é mais difícil que pensar". Hannah Arendt, a teórica do inconformismo, também defendeu os direitos dos trabalhadores, a desobediência civil e atuou contra a Guerra do Vietnã (1961-1975). Cf. UOL.EDUCAÇÃO. Biografias. Hannah Arendt. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/biografias/hannah-arendt.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

<sup>232</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 424.

<sup>233</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; MONTEIRO, Juliano Ramos. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartie Latin, 2010. p. 170.

<sup>234</sup> "DESAPROPRIAÇÃO. APRECIACÃO DO LAUDO PERICIAL. DEFICIÊNCIA NA VALORAÇÃO DA PROVA. MATÉRIA PREJUDICIAL AO EXAME DO RECURSO ESPECIAL A TEOR DA SÚMULA N.º 07/STJ. ART. 130, DO CPC. APRECIACÃO DA PROVA. 1. Ausência de valoração da prova impeditiva da análise pelo STJ do malferimento dos dispositivos legais invocados. Prejudicial ao

participação política e de inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) provoca a alienação popular; d) abre espaço para o “clientelismo”, uma vez que ainda são poucos os que têm acesso ao Judiciário; d) oportuniza a ausência de critérios objetivos, pois tudo pode ser feito desde que norteado pelos ideais de justiça; e) expõe demasiadamente o Poder Judiciário; f) pode possibilitar a acomodação dos outros poderes, entre outras críticas.

As ideias difundidas pelos ativistas vão de encontro ao que é defendido pelos garantistas processuais, que buscam, sobretudo, o desenvolvimento de um processo civil pautado na observância dos preceitos constitucionais e do devido processo legal.

Para os garantistas<sup>235</sup>, o papel do juiz não é inovar nem ditar as próprias regras na condução do processo, mas sim atuar em sintonia e de modo complementar à atividade exercida pelas partes.

exame do recurso especial. 2. O art. 130, do CPC, é aplicável a todas as instâncias por isso que ao STJ é lícito, antes da análise à violação da lei, determinar a baixa dos autos à instância de origem para que valere a prova produzida, prejudicial à análise do *meritum causae* porquanto à Corte está interdita a análise do contexto fático-probatório. 3. ‘O Código de Processo Civil, atento aos reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu art. 130, ‘cabendo ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias’. Dessume-se, do dispositivo citado, que esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do *statu quo ante* à violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória.’ (in Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, Forense, 2001) 4. Recurso especial provido para que seja reaberta a instrução probatória a fim de se apurar a localização dos imóveis dos recorrentes para, então, decidir-se acerca do possível apossamento administrativo e a conseqüente indenizabilidade da área.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 506719 PR 2002/0170356-0. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Julgado em 20/11/2003. Publicado em DJ 09/12/2003. p. 224. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1017139&num\\_registro=200201703560&data=20031209&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1017139&num_registro=200201703560&data=20031209&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

<sup>235</sup> O "garantismo processual", na verdade, é "uma forma de ver e conceber" os fenômenos processuais a partir da liberdade e da cláusula do devido processo estabelecidos no plano constitucional. Portanto, é uma concepção do processo jurisdicional (civil ou penal) vislumbrado a partir da Constituição, não como "monopólio nas mãos do juiz que exerce o Poder", mas sim como técnica posta a serviço do jurisdicionado para, dentro das regras do jogo, postular em favor dos interesses afirmados na "ação" ou na "defesa". Dentro disso tudo, como bem lembra Glauco Gumerato Ramos, há alguns "temas centrais" debatidos pelo garantismo. Ex.: vedação da tutela de urgência de ofício; vedação da tutela de urgência sem prévio contraditório; vedação de o juiz que deu a tutela de urgência prosseguir no processo até a sentença (=o juiz da urgência não pode ser o mesmo juiz da sentença); vedação da "prova de ofício"; vedação de revisão (=flexibilização) da coisa julgada fora das hipóteses previstas e positivadas no sistema; observância irrestrita da imparcialidade; observância irrestrita da "imparcialidade" (=o juiz não pode ter postura de parte; ex. determinado prova de ofício). Em suma: o "garantismo" quer que o processo seja manejado na

Ainda, para os adeptos do garantismo processual, a limitação dos poderes do magistrado é uma necessidade imposta para a própria defesa dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, os benefícios para o jurisdicionado são maior transparência, previsibilidade e segurança com relação a atuação do Poder Judiciário na solução dos conflitos que lhe são submetidos.

Conforme relato de Giovani F. Priori Posada<sup>236</sup>:

A garantia surgiu, assim, como uma atitude defensiva dos magistrados democráticos, frente às constantes ameaças de retrocessos político-jurídico-institucional, contra determinados 'usos legais' e institucionais do sistema legal, especialmente do nível penal, que muitas garantias constitucionais básicas se afirmaram constitucionalmente, gerando, como consequência, uma deterioração da efetividade das normas constitucionais nos níveis inferiores de normatividade. Esta lacuna, ou a defasagem entre os planos ou determinações regulamentares da lei, foi o núcleo que incentivou as teses da garantia [Tradução nossa].

E conclui o raciocínio:

[...] logo, a maior contribuição da tese do garantismo consiste na garantia consista na separação do 'ser' e do 'dever-ser', é dizer, do direito e da moral como pressupostos de validade da norma e da ação punitiva do Estado, não se apresenta com relação ao direito penal, mas como ferramenta de controle do poder estatal, mas uma extensão para o direito em geral [Tradução nossa].<sup>237</sup>

Importante observar que o aparente conflito de ideias entre os garantistas e os ativistas se restringe ao método utilizado para o atingimento de uma única finalidade, que é a obtenção de uma prestação jurisdicional de qualidade e ao

---

perspectiva democrática, republicana e "garantista" que está expressamente prevista nas nossas Constituições. (Poderes do juiz: ativismo (=autoritarismo) ou garantismo (=liberdade) no Projeto do novo CPC. In: ROSSI, Fernando; GUEDES, Jefferson Carús (Coords.). O Futuro do Processo Civil no Brasil. São Paulo: Forum, 2012. p. 73.

<sup>236</sup> POSADA, Giovani F. Priori. **Proceso y constitución**. Lima: Ara Editores, 2001. p. 71. No original: "[...] *el garantismo surgió así como una actitud defensiva de los magistrados democráticos frente a las constantes amenazas de involución político-jurídico-institucional contra ciertos tipos de 'usos' instrumentales-político del sistema legal, especialmente del nivel penal, que ninaban muchas de las garantías básicas afirmadas constitucionalmente, generando, como consecuencia, un deterioro de la efectividad de las normas constitucionales em los niveles inferiores de normatividade. Este desfase o inadecuación entre planos o determinaciones normativas del derecho fue el núcleo central que animó las tesis del garantismo.*"

<sup>237</sup> POSADA, Giovani F. Priori. **Proceso y constitución**, p. 71. No original: "[...] *logo, si bien la mayor contribución de la tesis del garantismo consiste em la separación del 'ser' y 'deber ser', es decir, del derecho y la moral, como presupuesto de validez de la normatividade e de la acción punitiva del Estado, no solo se presenta com relación al derecho penal, como herramienta de control del poder del Estado, sino que son de extensión para el derecho em general.*"

mesmo tempo eficaz. Podemos dizer, então, que ambas as correntes doutrinárias possuem nobres objetivos, mas certamente ainda não foi possível o desenvolvimento de uma zona de congruência entre eles, especialmente no que se refere ao papel que desempenha o magistrado no bojo do processo.

A ideia que aqui procuraremos defender aponta no sentido de que devemos construir um modelo jurídico, pode-se dizer, híbrido: um meio termo entre o ativismo judicial puro e o garantismo processual. Se assim conseguirmos, teremos um Poder Judiciário mais ativo e mais comprometido com a qualidade das suas decisões, sem que isso signifique riscos e violações aos preceitos constitucionais garantidores do nosso Estado Democrático de Direito.

Antes, porém, de adentrarmos a seara do modelo que mais se alinha com a prática do processo participativo, importante traçarmos algumas características importantes do que hoje a doutrina chama de “ativismo judicial”.

Pode-se dizer que, na prática do ativismo judicial, o juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política, utilizando o Poder Judiciário como meio para a definição de políticas públicas. Isso significa que os magistrados buscam solucionar problemas políticos com o apoio de critérios jurídicos.

Vários são os motivos justificadores da prática do ativismo judicial na atualidade. Isto se dá, entre outras razões, pelo desprestígio da lei, o descrédito da política, o sucateamento da administração pública, a ineficiência de gestão dos recursos públicos. Dessa forma, observando a absoluta impossibilidade de o Poder Público resolver determinadas questões individuais ou até mesmo coletivas, o magistrado traz para si a responsabilidade de buscar soluções plausíveis para os casos que lhe são submetidos.

Glauco Gumerato Ramos<sup>238</sup>, criticando a prática ativista, pondera:

Ativismo é um atributo político do Estado (=Executivo e Legislativo) que ao menos no ambiente democrático não pode corresponder às funções do juiz (=pessoa física). O juiz ativista é juiz político e ‘juiz político’ ontologicamente não é juiz. Ora, se a função jurisdicional tem como seus atributos a imparcialidade e a imparcialidade, essas qualidades não se compadecem com o eventual – e dogmaticamente equivocado, com todo respeito – exercício político da função

---

<sup>238</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. "Poderes do juiz: ativismo (=autoritarismo) ou garantismo (=liberdade) no Projeto do novo CPC". In: ROSSI, Fernando; GUEDES, Jefferson Carús, DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.). **O futuro do processo civil no Brasil -- Uma análise crítica ao projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 35.

jurisdicional. O ativismo deve ser praticado por outros atores da cena processual que não o juiz; ativistas devem ser os integrantes do Ministério Público, da advocacia pública ou privada, da defensoria pública, das ONGs que representam os interesses metaindividuais etc, não o juiz. Aqueles elegem os caminhos processuais a serem seguidos na postulação dos interesses afirmados; este (=o juiz) deve atuar e decidir no curso do processo orientado por imparcialidade e imparcialidade. Dessa forma equacionasse, harmonizasse, duas forças constitucionais da mesma magnitude e hierarquia dogmática e que podem representar pontos de tensão no sistema; equilibra-se a jurisdição (=poder) e o devido processo (=garantia).

A doutrina, ressaltamos, aponta a existência de diferentes abordagens temáticas com relação ao ativismo judicial, a depender do modelo jurídico em análise.

O modelo brasileiro de *civil law*, estruturado com base na observância plena ao regramento legislativo, revela grandes restrições à prática do ativismo judicial, na medida em que, em regra, ao adotar uma conduta supostamente “ativista”, o magistrado deixa de aplicar a lei ou a esta dá interpretação extensiva, permitindo chegar à decisão que melhor lhe convém para solucionar o caso. Bem por isso, nos regimes de *civil law*, o ativismo judicial é bem mais criticado do que em outros regimes jurídicos, pois, em tese, o magistrado ativista desvirtua a função jurisdicional, aproximando à função legislativa. É o caso do Brasil, por exemplo, país onde o sistema jurídico é pautado na mais fiel observância à legislação material. É função do Legislativo e não do Judiciário criar as leis que serão aplicadas no nosso meio social. Ao Poder Judiciário resta tão só zelar pela sua interpretação e, utilizando o seu poder de coerção, fazer valer a vontade do legislador.

Nos regimes de *common law*, o ativismo é justamente elogiado por proporcionar a adaptação do direito às novas exigências sociais e a novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. À medida que, no âmbito do *common law*, franqueia-se ao Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí por que a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar para o plano

da filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário, mas sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema jurídico norte-americano.<sup>239</sup>

Sobre o sistema jurídico norte-americano, importante transcrever ilustrativa mensagem enviada ao Congresso, em 8 de dezembro de 1908, na qual o então Presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt, teceu importantes considerações sobre o papel dos juízes na conformação do direito:

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda a atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.<sup>240</sup>

Outro detalhe que merece destaque, especialmente no que tange ao regime jurídico brasileiro, é que temos um Estado Democrático bem definido, que, por opção política, privilegia o princípio da separação dos poderes. Assim, de acordo com o regime constitucionalista, o desenvolvimento do Estado deve ser acompanhado da delegação de poderes controlados, de forma tripartida e visando, sobretudo, à supremacia do interesse público.

O ativismo judicial, por esse prisma, deveria ser coibido, na medida em que permite aos magistrados adotar iniciativas que são de competência exclusiva do Poder Legislativo e até mesmo do Poder Executivo. O ideal montesquiano de separação dos poderes<sup>241</sup> prevê a necessidade de independência, exatamente para

<sup>239</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos, p. 110.

<sup>240</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 13-27.

<sup>241</sup> O princípio da separação dos poderes envolve, destarte, uma articulação entre os órgãos e as funções do Estado, razão pela qual Canotilho o apresenta como “um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado”. No tocante ao primeiro aspecto, importa ter presente que se está a cuidar da separação entre as estruturas orgânicas que exercem o poder estatal (em cujo topo estão os denominados órgãos de soberania), em razão de um critério funcional, não havendo, pois, fala-se de quebra da unidade do Poder do Estado. Em relação ao segundo aspecto, cabe lembrar que “os atos por meio dos quais se manifesta a vontade do Estado” podem ser vistos pelo prisma formal ou material. Sob o ângulo formal, os atos estatais são ordenados considerando-se a qualidade do órgão dos quais emanam ou a forma da qual são revestidos, que, em regra, está

permitir um maior equilíbrio na manutenção do Estado, viabilizando a adoção de estratégias diferenciadas e especiais para cada órgão que compõe a máquina estatal.

A clássica lição de Montesquieu<sup>242</sup>, assim define:

A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo, e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Ao repartir as atribuições estatais entre vários órgãos, espera-se que possam especializar-se no exercício das suas funções, o que traria uma maior eficiência ao papel desempenhado pelo Estado. Esse modelo garante sustentabilidade à estrutura do Estado e preserva as características liberais e democráticas do regime político, na medida em que a independência entre os poderes acaba gerando, indiretamente, um poder de fiscalização entre eles.

O tema que engloba o ativismo judicial deve ser estudado, portanto, a partir da premissa que engloba o sistema de separação dos poderes, uma vez que o juiz ativista é aquele que, ao exercer a sua função, extrapola, em tese, os limites da função jurisdicional dentro do nosso Estado Democrático de Direito<sup>243</sup>.

---

associada ao órgão competente para produzi-los. Já sob o ângulo material, se considera “o conteúdo do ato, independentemente do órgão do qual emana e da forma que o reveste.” Pois bem, o princípio constitucional em tela, arremata Pietro Virga, “reafirma a subdivisão das funções estatais [...] segundo o seu conteúdo material.” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos, p. 115.

<sup>242</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. v. 10. p. 181.

<sup>243</sup> O modelo clássico de separação de poderes, na esteira das propostas originárias de Montesquieu e Madison, alicerçou-se em um paradigma liberal do Direito, pelo qual ao Judiciário caberia apenas revelar o direito.

Daniel Giotti de Paula<sup>244</sup>, todavia, sustenta que estamos vivendo uma nova concepção e um novo modelo que nos faz refletir sobre o tradicional sistema de separação de poderes. Na opinião do autor:

Na verdade, do início do século XX até hoje, um complexo cenário de transformação se processou no direito e na política: 1) vive-se sob a égide de uma crise de representação parlamentar; 2) fruto, principalmente, do abandono de uma visão mítica de que a sociedade é homogênea; 3) passou-se de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, no qual aos princípios constitucionais se conferiu aplicação direta; 4) o que, em consequência, implicou o abandono da subsunção como único método de resolução de impasses sobre a interpretação e aplicação do direito; 5) instaurou-se um quadro em que agências e agentes dentro do ramo governamental, mas com alguma independência, são aqueles que realmente decidem questões técnicas na sociedade, mudança que se dá em um quadro de desformalização do direito; 6) consolidou-se, ainda, o presidencialismo de coalizão, em que às minorias sobra pouco espaço para participar da construção da agenda parlamentar. E esses ingredientes explicam, cada qual com sua intensidade, o porquê de o Judiciário muitas vezes invadir a esfera própria de competência de outros poderes constituídos e, ainda, o porquê de as minorias político-partidárias ou da sociedade civil se dirigirem aos tribunais, após perder na arena política.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>245</sup>:

[...] contemporaneamente, seja por conta do chamado ativismo judicial ou ainda por uma nova vertente da instrumentalidade do processo, foi-se gradualmente aceitando um alargamento da faixa de atuação do judiciário, a este se reconhecendo em certos casos legitimidade para um prudente criacionismo, justificado pelo propósito de interpretar os textos de regência por modo a deles extrair o máximo de significado, para além de sua singela literalidade, assim potencializando sua idoneidade para resolver o conflito em modo justo e tempestivo.

Diante dessa constatação, qual seria, afinal, o dever do Poder Judiciário dentro do nosso modelo estatal? Observamos que a função jurisdicional se consubstancia em um poderoso instrumento para a atuação completa do direito material, garantindo a manutenção da ordem e o respeito às leis. É dever do Poder

---

<sup>244</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: \_\_\_\_\_; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador, BA: Jus Podivm, 2011. p. 307.

<sup>245</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**, p. 91.

Judiciário zelar pela manutenção da paz social, coibindo a prática de atos que não estejam alinhados com o nosso ordenamento jurídico.

Além de ser órgão fiscalizador da efetividade das leis, o Poder Judiciário deve ocupar-se da resolução de conflitos sociais, interferindo na relação entre os jurisdicionados sempre que estes não conseguirem, por si sós, resolver determinada situação litigiosa.

Portanto, para o estudo do tema do ativismo judicial e das várias situações que supostamente ensejariam o enquadramento da função jurisdicional como atos arbitrários e ilegais dos magistrados, deve-se ter a seguinte preocupação: averiguar se o ato questionado e dito como “ativista” extrapolou os limites impostos ao exercício da função do Poder Judiciário.

Muitas são as situações em que poderá haver dúvida se o magistrado e até mesmo o Poder Judiciário usurpou a sua competência ao decidir de uma ou outra forma. Isso pode acontecer, pois, não raro, o juiz não age como mero aplicador do direito, mas sim como um agente de interpretação da norma, segundo o que apresenta o caso concreto e até mesmo com detalhes sociais, políticos e econômicos que, indiretamente, influenciam a decisão.

Sobre as decisões judiciais, Elival da Silva Ramos<sup>246</sup> anota:

As decisões judiciais, portanto, são, como já foi visto, necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão com que ele compartilhe a função legislativa. O próprio Kelsen assim o reconheceu, ao asseverar que os tribunais constitucionais, por estarem jungidos à Constituição, exercem função similar a de qualquer outro órgão do Poder Judiciário, consistindo, primacialmente, na aplicação do direito e apenas em pequena medida na sua criação.

Feitas essas considerações, duas inferências emergem: uma coisa é admitirmos atuação de magistrados à margem da lei, com a prolação de decisões judiciais cujo conteúdo não tenha relação com o ordenamento jurídico pátrio, em

---

<sup>246</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos, p. 119.

cujo *decisum* se denotem valores pessoais do julgador; outra coisa é concebermos que os magistrados são figuras de grande importância para o Poder Judiciário e que devem, sempre que possível, inovar e atuar com criatividade na interpretação da lei.

A primeira situação é a que efetivamente deve ser denominada de ativismo judicial, uma vez que o magistrado, ao julgar com a força das próprias convicções, desprestigia e ignora o nosso sistema jurídico (*civil law*) e, por tal razão, traz instabilidade e insegurança aos jurisdicionados. Como é cediço, os julgamentos são feitos caso a caso. Dessa forma, o juiz não somente cria jurisprudência atípica, mas se imiscui em atribuição que muitas vezes deveria ser conferida ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo. Ocorre ativismo judicial, também, quando o magistrado desconsidera a existência de jurisprudência consolidada sobre determinado assunto e, de forma totalmente injustificável, deixa de aplicar os precedentes judiciais, em desprestígio aos tribunais superiores. Da mesma forma que desrespeita os precedentes judiciais, ignora a existência de determinada norma, deixando de aplicá-la por considerá-la injusta. Ao deixar de aplicar determinada norma, o juiz ativista fomenta a insegurança jurídica entre os jurisdicionados.<sup>247</sup>

A segunda situação merece ser prestigiada ante o entendimento de que o atual perfil do magistrado comporta exatamente uma postura pautada em iniciativas criativas e no compromisso de tentar buscar a melhor solução para o caso concreto, sem que isso signifique abdicação do dever de fundamentar as decisões segundo a lei. Várias são as situações em que os magistrados poderão atuar de forma mais dinâmica, sem que sua atuação seja considerada prática ativista.

---

<sup>247</sup> Norberto Bobbio, ao discorrer sobre os critérios de valoração das normas jurídicas, afirma que é perfeitamente possível encontrarmos normas jurídicas válidas no ordenamento, com conotação de injustas. Mesmo assim, o fato de uma norma ser aparentemente injusta não significa que o jurisdicionado e o Judiciário tenham de deixar de aplicá-la. Diz Bobbio, “**Uma norma pode ser válida sem ser justa.** Aqui não é preciso ir muito longe para buscar exemplos. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre um vazio, mais ou menos grande, dependendo dos regimes. Certamente o direito, que em todos os regimes de um certo período histórico e em alguns contemporâneos que consideramos civilmente ultrapassados, admite a escravidão, não é justo, mas nem por isso é menos válido. Não faz muitos anos vigoravam leis raciais que nenhuma pessoa racional estaria disposta a considerar justa e, não obstante, eram válidas. Um socialista dificilmente conceberá como justo um ordenamento que reconhece e protege a propriedade individual; assim como um reacionário dificilmente admitirá como justa uma norma que considere a greve lícita. E ainda, nem o socialista nem o reacionário terão dúvidas sobre o fato de que, em um ordenamento positivo como o italiano, tanto as normas que regulam a propriedade individual quanto as que reconhecem o direito de greve são válidas [Grifos nossos].” BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**, p. 49.

Os princípios da participação e da colaboração não se misturam com ativismo judicial e discricionariedade. O ativismo é exercido sem a observância dos limites impostos à atividade do Poder Judiciário; a atuação criativa e participativa dos magistrados sempre deverá abarcar um conteúdo adstrito ao nosso sistema legal.

Sobre o ativismo judicial, Ronald Dworkin<sup>248</sup> assim se posiciona:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignora o texto da constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas as outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário, tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço à tirania.<sup>249</sup>

<sup>248</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272.

<sup>249</sup> “É preciso bem compreender em que consiste o caráter interpretativo do direito como integridade. Dworkin rotula de ‘passivistas’ todas as correntes do intepretativismo (textualismo e originalismo), bem como as teorias não interpretativas que permanecem fiéis ao positivismo (e.g., o ‘convencionalismo’ de Hart) ou que seguiram o caminho de um ativismo axiológico restrito (e.g., o procedimentalismo de Ely). Sua concepção de direito levaria até as últimas conseqüências a interpretação do direito porque, ao contrário do convencionalismo (positivismo) moderado, que admite a existência de alguma discricionariedade no ato de interpretar, o direito como integridade postula a existência, mesmo nos ‘casos difíceis’, de apenas uma solução hermenêutica correta. Ao contrário do pragmatismo, Dworkin entende não estar dando ensejo ao ativismo judiciário, porque o seu protótipo de juiz não decide livremente, guiado pela própria consciência, e sim vinculado à prática constitucional de um País que adote a visão do direito como integridade (Estados Unidos, segundo Dworkin). O moralismo jurídico de Dworkin, portanto, concebe uma ordem objetiva de valores encarnada na história de uma sociedade específica. Destarte, para ele, devem os juízes e tribunais considerar os precedentes, as leis e a constituição, porém não no sentido limitante característico da postura positivista e sim como parte da tradição política dos Estados Unidos da América.” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos, p. 136.

Atualmente, com a consolidação da globalização e a integração entre os diversos setores estatais, não há como considerarmos uma plena separação entre os Poderes, uma vez que as decisões do Poder Executivo são influenciadas pelo exercício do Poder Legislativo e também pelo Poder Judiciário. As influências e a “troca de fluídos” entre os distintos segmentos comando estatal é uma tendência natural e também muito válida, na medida em que enriquecem o debate e fomentam o exercício qualitativo do poder.

O que não podemos conceber – e isso é ativismo – é que o Poder Judiciário tome decisões políticas que deveriam ficar a cargo do Executivo, ou até mesmo construam julgados que tenham força de lei, em substituição à atividade que deveria ser exercida pelo Poder Legislativo. A recente controvérsia sobre o salário mínimo é prova dessa acertiva. A nova lei aprovada - Lei federal nº 12.382/2011 - delega ao Poder Executivo, nos próximos três anos, a tarefa de, mediante decreto, estipular o valor do salário mínimo, a partir de parâmetros legais fixados. Incapaz de impedir a aprovação do projeto de lei nas casas legislativas federais, a oposição recorreu ao STF para tentar ver seu intento público albergado. Propôs a ADI n. 4.568, em cujo teor se alega que o Executivo invadiu a esfera de atribuições do Legislativo, já que o artigo 7º, IV, da Constituição da República determina que o salário mínimo deve ser fixado por lei. O presidente do Senado Federal, José Sarney, no entanto, criticou a medida oposicionista, afirmando que “[...] chamarmos o Supremo como uma terceira via é uma coisa que deforma o regime democrático”, para depois sentenciar que “as questões políticas devem ser resolvidas dentro do parlamento”.<sup>250</sup> Essas declarações revelam que o instrumento do controle de constitucionalidade, que abre às instâncias representativas o canal judicial, deixa sempre aberta a disputa política.<sup>251</sup>

Pois bem. Se estudarmos a jurisprudência pátria, verificaremos que em algumas decisões, especialmente as dos tribunais superiores, os magistrados e ministros se baseiam em conceitos e detalhes políticos para julgar de uma ou outra forma. De todo modo, essa conduta, na maioria das vezes, está em completa sintonia com a nossa legislação e com o sistema constitucional de separação de

---

<sup>250</sup> SOUZA, Josias de. Sarney: recurso ao STF ‘deforma regime democrático’. 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.correaneto.com.br/site/?p=5713>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

<sup>251</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política, p. 303.

poderes. Ao julgar, o juiz não legisla, ele simplesmente dá à legislação uma interpretação adequada ao caso concreto, especialmente, de acordo com o cenário socioeconômico que permeia o momento da decisão.

Enfim, não é difícil distinguir com precisão as situações judiciais em que estamos diante de práticas ativistas das que, em total sintonia com o modelo de processo participativo, há uma atuação criativa dos magistrados relativamente a interpretação e aplicação da lei. No exercício da atividade do Poder Judiciário deve haver, portanto, um meio termo, de forma que possa cumprir, com precisão, a tarefa estatal que lhe foi delegada, sem que isso signifique usurpação de competência, violação à lei e ao regime democrático que impera no nosso país. De todo modo, se isso não for possível, entre um juiz “ativista” e um juiz “passivista”, é salutar que escolhamos o primeiro<sup>252</sup>.

### 3.3 A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O RESPEITO AOS PRECEDENTES

O Brasil sempre foi um país caracterizado pela existência de um sistema jurídico (*civil law*) que preza pelo pleno respeito às leis. Sem a observância da legislação, principal fonte do direito, os magistrados não poderão fazer valer a vontade da jurisdição. Por outro lado, a nossa jurisprudência, embora utilizada como

---

<sup>252</sup> “Em suma, na medida em que devem veicular as próprias pretensões em conformidade com as regras do jogo, mesmo pugnando entre si e agindo sob a lógica da conclusão desejada, são os participantes do debate judicial que, de fato, viabilizam esse jogo e concorrem para o seu desfecho jurídico, que outro é senão o ato decisório pelo qual – em nome de toda a sociedade –, o julgador não apenas soluciona como também termina os conflitos, impedindo que eles prossigam ou se renovem. Por isso, temos afirmado, com insistência quase obsessiva, que as decisões judiciais, sejam elas monocráticas ou emanadas de órgãos colegiados, a rigor não traduzem a vontade daqueles que a proferem – e sequer do Poder Judiciário, em qualquer das suas instâncias –, antes são expressão do Poder Social, nos termos em que está conformado pelas regras e princípios do ordenamento jurídico. Não por acaso a nossa constituição proclama – em atitude de humilde reconhecimento – que todo o poder emana do povo, não dos seus representantes e tampouco do texto constitucional, sendo de importância secundária a referência ao modo como o povo o exercerá, se diretamente ou por meio dos delegados que eleger. A essa luz, portanto, o ativismo judicial, pelo menos na forma e com os argumentos emocionais que usualmente se utilizam para combatê-lo, não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a velha criação do direito. Nada mais do que isso.” (COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador, BA: Jus Podivm, 2011.p. 498.

referência nos julgamentos, historicamente e, quando comparada aos regimes jurídicos de *common law*, ainda não tem o condão de servir como guia para aos magistrados no processo de tomada de decisões judiciais.

Sobre o regime da *civil law*, Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>253</sup> pontua:

A teoria de Montesquieu, no sentido de que o poder não deveria estar todo na mão de um só homem, somada à visão de Rousseau, no sentido de que a lei é capaz de expressar a vontade geral de uma nação, resultaram num sistema fortemente alicerçado em bases racionais lógico-sistemáticas, cujo objetivo era conter abusos. Assim, a lei passou a ser vista como expressão legítima da vontade do povo e o juiz devia decidir com base nos textos do direito positivo e nada mais. Não se falava em interpretação. Esta palavra devia ser, como se dizia, '*effacé de nos dictionnaires*'.

Ambos os sistemas jurídicos produzem leis e jurisprudência, isto é, normas e precedentes. No sistema de *common law* predomina o método de elaboração das normas. No sistema de *civil law* predomina a força da lei. Ainda, no primeiro sistema, os precedentes contêm mais força normogênica e são efetivamente seguidos, sem que nenhuma lei disponha no sentido de que devam ser vinculantes. É que, da força dos precedentes deriva a vitalidade de cada microsistema em que se inserem, considerado o grande sistema jurídico. As normas, ao lado da lei, são também produzidas por precedentes que tenham sentido estável, isto é, formem, propriamente, a jurisprudência.

Nesse sentido, pode-se dizer que os precedentes obrigam a todos, à sociedade e aos aplicadores das leis, conquanto estas não disponham sobre obrigatoriedade, nem determinem sanções quando descumpridas. O sistema, ele próprio, vive do precedente estável, que se caracteriza como *leading case*. Nesse sistema, é curiosa a discussão, muitas vezes marcada pela soberba – mais retórico do que essencial – a respeito do que é que efetivamente obriga: se a lei ou se os

---

<sup>253</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 893, DTR\2010\134, mar. 2010. p. 33.

juízes. De qualquer forma, prevalece o *stare decisis et non quieta movere*<sup>254</sup>, isto é, não se altera o já decidido sem motivos extremamente relevantes<sup>255</sup>.

São muitas as dificuldades encontradas para a aplicação dos precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais superiores<sup>256</sup>. A primeira delas, como mencionado antes, é que ainda não há no Brasil uma cultura firme no sentido de considerar os precedentes judiciais como legítima fonte do direito. Assim, os magistrados utilizam outras fontes do direito para poder fazer valer a vontade da jurisdição e resolver os litígios jurídicos submetidos ao Poder Judiciário.

Em regra, o juiz, ao se deparar com determinado caso para julgamento, buscará no ordenamento jurídico a norma mais adequada para a situação que se apresenta e, com razoabilidade e proporcionalidade, aplicará a melhor solução com base nos termos da legislação positivada.

Não há, no Brasil, poderosos instrumentos de produção de jurisprudência estável, sendo certo que os poucos mecanismos existentes nesse sentido - (i) uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476); (ii) embargos infringentes (CPC art. 530); (iii) assunção de competência (CPC, art. 555, § 1º); (iv) recurso extraordinário; (v) recurso especial; (vi) embargos de divergência e (vi) ação rescisória – não possuem a eficiência que seria necessária a uma melhor consolidação da nossa jurisprudência.

A segunda dificuldade decorre da própria complexidade do processo de aplicação dos precedentes aos casos submetidos ao Poder Judiciário, na medida em que nunca há dois casos exatamente idênticos, o que acaba por gerar insegurança e confusão procedimental no momento de decidir conforme precedentes e jurisprudência que contenham a mesma tese jurídica. Assim, deve haver um exercício dos magistrados e das partes para, com foco na argumentação

---

<sup>254</sup> O *stare decisis* iniciou com a publicação dos julgados, desenvolvendo-se ante a invenção da imprensa, não tendo havido discussões ou doutrinas, nem lei a respeito, e parecendo que “sempre existiu”, apenas se passando a seguir a regra de *treating like cases alike*. Prevalece o raciocínio mediante exemplos. LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. London: University of Chico Press 1949.

<sup>255</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 474.

<sup>256</sup> No meio jurídico, percebemos certa confusão na definição dos conceitos de “precedentes” e “jurisprudência”. A jurisprudência é a interpretação que os tribunais dão às lides, enquanto o precedente se refere a cada julgamento individual. Um julgado não é jurisprudência, mas um precedente interagirá com outros julgados ou análogos, no sentido da formação ou não da jurisprudência.

jurídica, tentar aproximar ao máximo uma situação à outra, ou tentar distingui-las, dependendo dos interesses envolvidos.<sup>257</sup>

De acordo com a complexidade do nosso sistema e, tendo em vista as diversas matérias jurídicas que diariamente são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, entendemos que a medida mais interessante seria a adoção de técnicas de especialização temáticas de turmas e câmaras julgadoras no bojo dos tribunais. Essa especialização seria importante nos tribunais dos estados federados, mas especialmente perante os tribunais superiores, onde os casos são decididos em última instância.

Embora tradicionalmente sejamos adeptos do sistema jurídico da *civil law* e, por tal razão, não prestigiamos a nossa jurisprudência tal como os países adeptos do regime da *common law*, percebemos, cada vez mais, uma nova tendência no âmbito jurisdicional, que estimula e utiliza a jurisprudência como legítima fonte do direito<sup>258</sup>, com intuito de obtenção de decisões cada vez mais qualitativas, modernas e adequadas ao tempo e às partes envolvidas no litígio.

---

<sup>257</sup> Robert Alexy, ao tratar do problema que envolve a argumentação jurídica na aplicação dos precedentes judiciais, manifestou-se da seguinte forma: “O fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual. Com isso se evidencia imediatamente uma das dificuldades decisivas do uso dos precedentes: Nunca há dois casos completamente iguais. Sempre se encontra uma diferença. O verdadeiro problema se transfere. Por isso, a determinação da relevância das diferenças. Porém, antes de entrar nele, é importante outra questão. É possível que um caso seja igual a outro caso anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser seguir apenas o princípio da universalidade seria impossível essa decisão diferente. Mas a exclusão de qualquer mudança seria tão incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira afastar. Rege, pois, o princípio de inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso. A satisfação da carga da prova somente pode ser constatada pelos participantes, reais ou imaginários do discurso.” (**Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2008. p. 265.)

<sup>258</sup> Carlos Eduardo Dieder Reverbel acrescenta que “Na família de *common Law*, o **processo** foi erigido em princípio fundamental para se chegar às soluções justas, devendo os juristas, nas soluções dos casos concretos, não estar adstritos aos *statutes*, como se faz na realidade romano-germânica, mas sim ao processo, meio pelo qual os juízes atualizam o Direito, pautados na realidade concreta que lhes é apresentada. A aplicação do Direito é realizada caso a caso, ou como diria RADBRUCH, por um processo de *muddle through*, que poderia ser traduzindo como “improvisação contínua”. Mas o princípio da processualidade deve obedecer a determinados requisitos, “a começar, ao menos, pelos de forma, como, por exemplo, o juiz natural, a ampla defesa, a igualdade de armas, a licitude das provas, a presunção de inocência etc.[...]”. Vê-se, portanto, que não é qualquer processo, mas o **princípio do processo jurídico devido**. Assim, o juiz desenvolve o direito nos países de tradição de *Common Law*. É da essência desse sistema que o direito opere pelo Judiciário.

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno<sup>259</sup> constata que:

Uma outra vertente digna de nota para a caracterização, a mais completa possível – ainda que para fins de mera constatação –, do pensamento jurídico contemporâneo, que deve presidir as reflexões atuais do direito processual civil, diz respeito ao valor normativo que assume, no direito brasileiro, as decisões jurisdicionais em geral, mais ainda aquelas provenientes dos Tribunais Superiores, assim entendidos, para o direito processual civil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. O que, pelo menos tradicionalmente, relacionava-se, muito mais, como característica das estruturas de outros ordenamentos jurídicos (catalogadas em geral como pertencentes à família do *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos), tem passado a ser também característica do direito brasileiro mais recente e isto não quer significar que o direito brasileiro, de tradição, pertencente à família da '*civil law*', tenha considerações que ocuparam os números anteriores, a tendência, posto ser inequívoca, é de adaptação do direito para as necessidades atuais do mundo contemporâneo.<sup>260</sup>

É fato que os magistrados estão cada vez mais atentos à jurisprudência firmada pelos tribunais dos estados e, especialmente, pelos tribunais superiores. Esse tipo de comportamento acontece até mesmo em situações nas quais os precedentes dos tribunais superiores não possuem necessariamente efeito vinculante, mas, mesmo assim, os magistrados de primeiro grau, sabedores de sua responsabilidade e da importância de consolidar entendimentos sobre as mais variadas matérias, curvam-se perante a jurisprudência dos órgãos superiores.

---

À célebre frase do Juiz Wendell Holmes: "A constituição dos Estados Unidos é o que a Suprema Corte diz que é", acrescentaríamos: o direito é aquilo que o juiz diz que é, a partir de um caso concreto, operado por um processo jurídico devido. A expressão *judge-made-law* tem esta profunda raiz no *common law*. Assim, o juiz, neste sistema, por regra, não é ativista. Ele, em verdade, cumpre o seu papel de improvisação continuada, a cada vez que é chamado a se pronunciar sobre um caso concreto. Não se diga, entretanto, não poder existir ativismo judicial no *common law*. Ele existe, e quando verificado, é prontamente expelido, respeitando, é claro, as peculiaridades do sistema em que este ativismo se verifica." (**Ativismo judicial e Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>>. Acesso em. 20 out. 2011.)

<sup>259</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 74.

<sup>260</sup> "Não há mais razão para olvidar a importância que, mesmo para um país de *civil law*, como o nosso, a força, quando menos, 'persuasiva' dos julgados, sobretudo dos tribunais superiores, mas também dos tribunais de segundo grau de jurisdição, assumiram nos últimos anos. E até, em alguns casos, o caráter vinculante daquelas decisões. Desde sua introdução lenta, com a Lei n. 8.038/90, até a Emenda Constitucional n. 45/2004, o nosso processo civil passou a conhecer a possibilidade de que, uma vez resolvidos uns poucos casos sobre dada questão, outros a eles similares acabariam por ser resolvidos da mesma forma; até mesmo, diante daquela 'jurisprudência', passou-se a admitir certos 'atalhos' procedimentais, o mais notório deles os julgamentos monocráticos no âmbito dos tribunais, estampados, dentre tantos dispositivos do nosso Código de Processo Civil, no seu art. 557." BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**. Um terceiro enigmático, p. 37.

Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>261</sup>, ao tratar das dificuldades inerentes à busca da justiça na modernidade, pondera que é preciso fazer valer a nossa jurisprudência como legítima fonte do direito, de forma que, aliada aos princípios jurídicos, permita aos julgadores a tomada de decisões acertadas e cada vez mais adequadas, observando-se o entendimento que já é dado à matéria jurídica pelos julgadores de instâncias superiores.

Além disso, na inexistência de legislação totalmente adequada e de parâmetros objetivos de julgamento, cabe ao magistrado atuar com criatividade e buscar a melhor solução ao caso concreto, especialmente nas situações denominadas como “*hard cases*”, ou seja, demandas em que não se pode aplicar com nitidez a legislação material.

Sobre o tema, disserta Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>262</sup>:

Nas sociedades em que vivemos, em que já não se identificam com tanta clareza, como nos séculos anteriores, uma classe dominante e outras dominadas, as noções de certo/errado, justo/injusto, acabam por tornar-se extremamente rarefeitas. No lugar de duas classes, uma dominante e outra dominada, aparecem diversos segmentos sociais, grupos emergentes fazem pressão, as coisas passam a ser importantes e convenientes segundo determinadas óticas, extremamente variáveis. Soma-se a este nível de complexidade social o fato de o Poder Judiciário se ter tornado extremamente acessível, o que significa que são submetidas à apreciação do magistrado inúmeras situações a respeito das quais o direito escrito não previu uma solução específica. Uma das saídas encontradas pelos pensadores do direito foi justamente a de encampar com maior nitidez os princípios jurídicos, como sendo elementos normativos no sentido amplo, de molde a que possam influir definitivamente na interpretação das normas escritas, e mesmo desempenhar juntamente com elas, e com outros elementos (como, por exemplo, a jurisprudência), o papel de dados que o juiz leva em consideração para ‘construir’ a decisão de casos concretos, desde que trate de casos não rotineiros (*hard cases*).

Não há como negar, portanto, que o juiz da modernidade não pode fechar os olhos para a nossa jurisprudência e, especialmente, para o que diariamente é decidido nos tribunais superiores. Embora sejamos adeptos do regime da *civil law*, nossos magistrados não são meros aplicadores da lei e devem estar preocupados com o aspecto qualitativo das suas decisões.

Nesse sentido, Rafael Motta e Correa<sup>263</sup> expõe:

---

<sup>261</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, p. 158.

<sup>262</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, p. 158.

[...] nos países de *civil law*, em especial o Brasil, o Estado-Juiz tem, hoje, extremo poder de controle da legislação, e já se fala em criação do direito por meio do judiciário. Tradicionalmente, afirmava-se que o judiciário do *civil law* não criava direito<sup>264</sup>, porquanto os juízes de tradições romano-germânica estariam limitados a ser aplicadores mecânicos da lei, tratando o magistrado simplesmente como *la bouche de la loi* ('a boca da lei'), decorrente especialmente da teoria da separação dos poderes originada na Revolução Francesa. Ocorre que, com o desenvolvimento do *civil law*, a atividade do juiz afastou-se daquela pregada durante séculos por positivistas. Não há dúvidas de que o juiz não é, ao menos no Brasil, um servo da lei. Ao outorgar ao Poder Judiciário a possibilidade de controlar a constitucionalidade de leis, coloca-se o Judiciário em destaque dentre os três poderes estatais.

O direito positivado é o grande meio direcionador das decisões dos magistrados, para que possam fazer valer a força da jurisdição. É oportuno alertar que não se faz justiça apenas criando leis e que os magistrados têm fundamental importância na criação da jurisprudência pátria e na tarefa de interpretar as leis de acordo com o conflito em julgamento.

Jeremy Waldron<sup>265</sup> ratifica:

Um projeto de lei não se torna lei simplesmente sendo decretado, ocupando o seu lugar em Halsbury ou no livro de estatutos. Torna-se lei apenas quando começa a desempenhar um papel na vida da comunidade, e não podemos dizer qual papel será – e, portanto, não

<sup>263</sup> CORRÊA, Rafael Motta. **O *contemp of court* segundo a tradição do *common law* e seus reflexos no cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer** (art. 461 do CPC). 2011. 258 fls. Dissertação. (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2011.

<sup>264</sup> Luiz Guilherme Marinoni, considerando a possibilidade de o juiz do sistema *civil law* atuar como instrumento de criação do direito, observa o seguinte: “Com efeito, se alguém perguntar a qualquer teórico do *common law* a respeito da natureza da função do juiz que não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, que interpreta a lei conforme a constituição ou que supre a omissão de uma regra processual que deveria ter sido estabelecida em virtude de um direito fundamental de natureza processual, certamente se surpreenderá. Tal atividade obviamente não significa a declaração de direito e, assim, na perspectiva das doutrinas produzidas no *common law*, certamente revela uma atividade criadora, verdadeira criação do direito.” (A aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, jun. 2009. p. 175-232.) Esse também é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier: “É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de *civil law* não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa.” (Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, jun. 2009. p. 121-174.

<sup>265</sup> WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 11. “A bill does not become law simply by being enacted, or taking its place in Halsbury or in the statute book. It becomes law only when it starts to play a role in the life of the community, and we cannot tell what law it is that has been created – until the thing begins to be administered and interpreted by the courts. Considered as a piece of paper with the stamp of parliamentary approval, a statute is not law, but only a possible source of law”.

podemos dizer qual lei foi criada –, até que ela comece a ser administrada e interpretada pelos tribunais. Considerado como um pedaço de papel com o selo de aprovação do parlamento, um estatuto não é direito, mas apenas uma possível fonte de direito.

Por outro lado, de nada adianta exigir dos magistrados de primeiro grau respeito e observância à jurisprudência emanada dos entendimentos dos tribunais superiores, se estes mesmas cortes não conseguem criar unidade decisória entre os seus ministros. No âmbito dos tribunais superiores, o que observamos, na prática, é a existência de julgamentos de determinados assuntos parecidos – e até mesmo idênticos –, sem que seja possível a construção de uma única diretriz de entendimento. Assim, para que possamos fomentar a cultura de respeito aos precedentes judiciais, torna-se imperiosa a plena reestruturação e conscientização dos tribunais superiores, para que se esforcem na obtenção de entendimentos consolidados sobre as principais matérias que lhes são submetidas.

No âmbito legislativo, o mais destacado exemplo de reconhecimento e inexorabilidade da força normativa dos precedentes judiciais é o artigo 557 do nosso CPC. Pela disciplina do referido dispositivo, o relator negará seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior, assim como, pelo mesmo fundamento, proverá recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com tais paradigmas. Tudo isso somado e já ampliado por decisões em torno desse dispositivo, significa atribuir força de lei às interpretações judiciais consolidadas, postura que entre nós, remonta aos antigos prejulgados da Justiça do Trabalho, enunciados que o STF – então prisioneiro da separação dos poderes em sentido forte –, declarou inconstitucionais, mas neles acabou inspirando-se para patrocinar, sessenta anos depois, a constitucionalização da chamada súmula vinculante, uma espécie de superlei, que a todos se impõe, menos ao próprio STF, pois só a ele compete criar, alterar ou cancelar tais enunciados normativos<sup>266</sup>.

Assim, além do artigo 557 do CPC, é importante destacar a figura da repercussão geral no recurso extraordinário<sup>267</sup> e a previsão das súmulas

---

<sup>266</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador, BA: Jus Podivm, 2011. p. 487.

<sup>267</sup> Art. 102, § 3º, da CF.

vinculantes<sup>268</sup>, que foram trazidas ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45, regulamentadas posteriormente pela Lei nº 11.418/2006 e Lei nº 11.417/2006, respectivamente.

Com o advento da Lei nº 11.672/2008, criou-se a figura processual do artigo 543-C do CPC, que permite o julgamento de recursos especiais repetitivos através do julgamento de um recurso especial representativo da controvérsia, o qual servirá como paradigma.

A premissa de se prestigiar a jurisprudência dos nossos tribunais também foi devidamente implementada na primeira instância, com a inclusão no CPC dos artigos 285-A<sup>269</sup> e 518, § 1º, instituídos pelas Lei nº 11.277/2006 e Lei nº 11.276/2006, respectivamente.

Há, portanto, uma tendência irreversível de se tentar construir um sistema jurídico que prestigie os precedentes judiciais, o que não quer dizer que o Brasil estaria migrando do regime jurídico da *civil law* para o regime jurídico da *common law*. O que parece ocorrer no Brasil é um movimento de evolução do sistema de *civil law*, em que os magistrados tem papel relevante na otimização e na criação do direito, mediante a prolação de decisões judiciais qualitativas e bem fundamentadas.

Assim, para fins de adequação de prioridades e necessidades, não buscamos um regime de *civil law* no qual o magistrado tenha apenas função de mero aplicador da lei ao caso concreto. É seu dever, sobretudo, interpretar a lei<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> Art. 103-B da CF.

<sup>269</sup> Art. 285-A do CPC: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006) § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006) § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).”

<sup>270</sup> Rosa Maria de Andrade Nery, pondera: “Raselli, considerando a função judicial de decidir, segundo o direito, os casos concretos, se propõe a estudar as diversas atividades que podem ser consideradas como de interpretação, ou seja, como de fixação do conteúdo das leis ou do conteúdo de qualquer outra espécie de fonte do direito, ressaltando que teorias sobre a interpretação jurídica ultrapassam a mera atividade lógica do intérprete para buscar atingir a perfeita compreensão cultural, histórica, econômica e social do fenômeno sob análise. Apresenta três métodos de interpretação: (a) o método lógico tradicional; (b) o método da jurisprudência dos interesses ou do direito livre; (c) o método histórico evolutivo. Pelo primeiro método, constata-se o direito escrito e elabora-se raciocínio lógico sobre seu conteúdo. Na falta do texto posto para o caso, busca-se o sentimento de justiça da consciência coletiva e elabora-se a jurisprudência, mas o juiz é jungido à lei porque não lhe é dado invadir o campo reservado do legislador. No máximo, poder-se-ia permitir que o juiz, diante de evidente injustiça, temperasse a dedução lógica do resultado a que chegou. Pelo segundo método, o direito vive e se transforma continuamente em torno de nós, como produto da vida social: não há completude na legislação e o juiz pode modificar a lei, segundo a exigência da utilidade e da evolução

de acordo com todos os aspectos que caracterizam a demanda, sendo estes jurídicos ou não. A criação de jurisprudência sólida e moderna é o principal fator de sustentabilidade e de credibilidade do Poder Judiciário.

Outro ponto a destacar alude ao fato de que os jurisdicionados não desejam mais submeter suas querelas ao Poder Judiciário pela justa sensação de participar de um jogo de azar, em que só há duas saídas: vencedor e derrotado.<sup>271</sup>

Ao mobilizarem o Poder Judiciário com pedido para a resolução de alguma controvérsia, os jurisdicionados têm o direito de ao menos saber como aquela questão jurídica vem sendo apreciada pelos tribunais de justiça e, especialmente, pelos tribunais superiores.

Os instrumentos processuais criados até agora para fazer valer a boa jurisprudência, embora insuficientes, estão surtindo um efeito importante e, aos poucos, vêm mudando a cultura do Poder Judiciário e até mesmo dos jurisdicionados no tratamento das demandas judiciais. Afinal, são várias as vantagens de se fomentar a utilização dos precedentes judiciais como fonte do direito para o julgamento dos demais casos.

Para a sociedade em geral, o respeito aos precedentes revela uma maior sensação de segurança jurídica<sup>272</sup>, ao mesmo tempo, combate profundamente a

---

social. O juiz é criador do direito e pode julgar *contra legem*. Pelo terceiro método, a lei, a jurisprudência e o costume são apenas meios que evidenciam a relevância da consciência coletiva e, no caso, a função do intérprete é recompor o conjunto orgânico do direito. É um *quid médium* entre a interpretação tradicional e o direito livre". (Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 425).

<sup>271</sup> "O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos *actos*". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256).

<sup>272</sup> "O princípio da segurança jurídica exprime a idéia de previsibilidade dos efeitos jurídicos das condutas realizadas de acordo com a lei vigente, com vistas à estabilidade das relações sociais. De nada adianta a pretendida certeza do direito legislado, se dúvida há quanto à sua concreta efetivação pelo Poder Judiciário. Assim, esse princípio obsta a arbitrariedade consistente em proferir decisões que não estejam justificadas pelo direito, ou que se afastem do direito tal como interpretado pela doutrina ou, ainda, que divirjam do entendimento sobre o direito tal como assentado definitiva e institucionalmente pela jurisprudência uniformizada. O decisionismo, seja travestido de casuismo ou de ativismo, seja levado a efeito em nome da independência do Poder Judiciário e da autonomia

cultura da litigiosidade, enraizada em nossa sociedade. Além disso, fomenta a prática da boa-fé processual, na medida em que o Poder Judiciário deixa de ser utilizado para a obtenção de vantagens ilícitas, com o ajuizamento de processos inconsistentes e sem justa fundamentação.

Para o Poder Judiciário, os precedentes funcionam como mecanismo facilitador do desempenho da função dos magistrados, o que inevitavelmente se transforma em eficiência e credibilidade do Estado-juiz, uma vez que a utilização de casos paradigmas como fonte de direito reduzirá o número de ações ajuizadas e propagará a justiça.

Para o jurisdicionado, o respeito aos precedentes é a certeza de que o bom direito será sempre tutelado, o que praticamente esgota o espaço para surpresas e armadilhas de magistrados que, sem qualquer técnica, julgam de acordo com a própria convicção e sem respeito à jurisprudência. A necessidade de um sistema de precedentes vinculativos no direito brasileiro vem robustecida igualmente por outra ideia, que também se encontra na base do Estado Constitucional: a igualdade de todos perante o direito.

Não há no Estado Constitucional, e nem mesmo direito, quando casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário<sup>273</sup>. Não há, portanto, outro caminho a seguir que não seja o do respeito aos precedentes. Tanto é que, desde de junho de 2010 tramita no Senado Federal<sup>274</sup> projeto de lei (PL 166/2010) que visa instituir um novo CPC para o nosso ordenamento jurídico. Referido projeto de lei, alinhado com as considerações aqui apresentadas, prestigia a cultura do respeito aos precedentes judiciais em vários dispositivos, conforme bem detalha a exposição de motivos:

---

funcional de seus membros, deve ser evitado e combatido pelos meios de controle das decisões judiciais. Considerando o sentido teórico da unidade da jurisdição, somada à sua atribuição de pacificação social dos conflitos sociais, global e não individualmente considerados, desejável é a uniformização de jurisprudência, fruto da vontade institucional aferida após consenso entre os órgãos julgadores, e que este consenso, por sua vez, seja o resultado, quiçá imposto pela maioria ou pelo órgão de maior hierarquia, de discussões travadas de instância a instância sobre a interpretação e a aplicação do direito, graças à dialeticidade do processo.” TEIXEIRA, Patricia Gomes. A Uniformização da Jurisprudência como forma de Realização de Valores Constitucionais, In: FUX, luz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 744.

<sup>273</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**. Críticas e Propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 17.

<sup>274</sup> PL 8.046/2011.

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que os jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: 'A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia'. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável [...].<sup>275</sup>

---

<sup>275</sup> “[...] De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso. Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: ‘A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas’; E, ainda, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: ‘Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica’ (grifos nossos). Esse princípio tem relevantes consequências práticas, como, por exemplo, a não rescindibilidade de sentenças transitadas em julgado baseadas na orientação abandonada pelo Tribunal. Também em nome da segurança jurídica, reduziu-se para um ano, como regra geral, o prazo decadencial dentro do qual pode ser proposta a ação rescisória. Mas, talvez, as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.” Disponível em:

Há, portanto, uma inegável tendência de se conceder maior prestígio às decisões judiciais, o que trará uma maior credibilidade ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao nosso Estado Democrático de Direito. Resta aguardar, portanto, que sejam criados mecanismos legislativos capazes de fomentar esse tipo de tendência e, especialmente, torcer para que os nossos tribunais superiores amadureçam de forma a conduzir suas decisões por um só caminho, impedindo a existência de divergências doutrinárias por mero capricho ou opinião pessoal de cada ministro. A opinião pessoal de cada membro das cortes superiores é muito válida, mas estas não se podem sobrepor ao interesse público de todos os que prezam por uma maior estabilidade das decisões judiciais.

#### 3.4 FIM DO PROCESSO COMO “TÉCNICA” E ESTRATÉGIA. A INTEGRAÇÃO DO PROCESSO CIVIL AO PLANO DO DIREITO MATERIAL

O nosso Código de Processo Civil de 1973 foi desenvolvido com o escopo de conceber melhores condições técnicas, justo para facilitar o acesso à justiça por todos os cidadãos. Por tal razão, desenvolveu-se, no âmbito da nossa legislação processual, uma série de ferramentas que serviriam, em tese, para otimizar o sistema e, dessa forma, potencializar os resultados referentes à atuação do Poder Judiciário.

Inobstante a nobre intenção do legislador, podemos perceber que, na prática, o nosso código processual civil, até mesmo pelo seu alto grau de tecnicismo, não acompanhou as mudanças da sociedade brasileira. Por tal razão, deixou de ser um bom aliado para o fim de fomentar o acesso à justiça e, dessa forma, auxiliar o Estado na obtenção da tão almejada paz social.

Não podemos deixar de mencionar, também, que à época da promulgação do nosso CPC, vivíamos uma realidade constitucional totalmente diferente da que vivemos hoje, sendo certo que a nossa Constituição Federal, quase quinze anos mais madura que o CPC, não teve o condão de influenciar

positivamente o legislador processual. Como se vê, o CPC de 1973 não foi concebido em um cenário democrático e com as premissas constitucionais que hoje norteiam a nossa sociedade.

Os tempos são outros. Hoje vivemos em um Estado Democrático de Direito e não estamos satisfeitos apenas com a disponibilização de meios de acesso à justiça. Esse pleito já fora feito e parcialmente atendido. A luta hoje é outra: o que se espera, e isso não há como negar, é o desenvolvimento de iniciativas legislativas que possam trazer uma maior eficiência à prestação jurisdicional.

A tutela jurisdicional, de acordo com a nossa atual diretriz constitucional, tem que ser rápida, adequada e eficiente. Tanto é assim, que a Emenda Constitucional nº 45, publicada ao final do ano de 2004, inseriu o inciso LXXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal. No referido dispositivo está estampado que todos têm, como direito fundamental, tanto no âmbito administrativo como no judicial, direito à razoável duração do processo<sup>276</sup>.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>277</sup> pontua:

Os anseios universais por sistemas processuais que garantam efetivo acesso à justiça são hoje as grandes diretrizes da conduta legislativa e dos esforços da doutrina e da jurisprudência. Está superada e completamente afastada a noção de que a antiga tutela formal dos direitos seria resultado satisfatório da atividade da jurisdição. Para que essa atividade estatal se realize em plenitude (vale dizer, para que o Estado-juiz cumpra seu papel na sociedade), é necessário que ao seu resultado formal se acrescente a aptidão para produzirem-se efeitos práticos, em tempo hábil. Ao contrário, isto é, sem que possa promover um processo efetivo, haverá o rompimento da garantia constitucional do acesso à justiça, pois o direito ao processo quer dizer, nada mais, nada menos, que direito a

---

<sup>276</sup> “Essa situação ocorre não apenas em nosso país, mas também no mundo todo de uma forma geral, sendo sempre uma preocupação constante de todos aqueles que se dedicam ao estudo e desenvolvimento do direito processual. A demonstrar tal constatação, de que o processo não poderia alongar em excesso, pois que poderia implicar prejuízos às partes pela angústia na espera pela solução do litígio, podemos trazer como referência o que era decidido pela Corte Européia de Direitos Humanos, que condenava por danos morais inúmeros países, em conseqüência da demora no julgamento de algumas questões. Tal decisão era tomada com base no que estabelecia o art. 6º da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, no dia 04.11.1950, que estabelecia: ‘Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre os direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação de matéria penal dirigida contra ela’”. ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, Ives Gandra; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.139-140.

<sup>277</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 814, DTR\2003\457, ago. 2003. p. 63.

um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos.

A duração razoável do processo é apenas um dos comandos determinados pela nossa Constituição Federal e, por esta razão, deve compor a esfera de atuação da ciência processual. O processo deve ser constituído e precisa desenvolver-se dentro a partir das premissas que nos permitam preservar as garantias fundamentais, em especial, as que possuem raízes constitucionais, tais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a isonomia.

Sendo certo que a influência constitucional no processo se opera de forma subjetiva, concluímos que, mesmo assim, trata-se de importante qualidade acerca da função que tem o processo civil dentro da nossa sociedade. Mas, afinal, qual seria a natureza jurídica do processo, qual o seu verdadeiro escopo e qual o real motivo da preocupação social atual em torná-lo mais eficiente, rápido e adequado à sociedade moderna?

Várias são as correntes doutrinárias que tratam da natureza do processo. Para uns, o processo nada mais é do que um contrato<sup>278</sup>. Para outros, o processo representa uma relação jurídica<sup>279</sup> entre as partes. Inobstante as várias concepções que tratam sobre o tema, concebemos que o estudo do direito processual civil na modernidade somente tem sentido se for avaliado conjuntamente com os preceitos constitucionais que regem o nosso Estado Democrático de Direito, a nossa Constituição Federal e o direito material em si.

Olavo de Oliveira Neto<sup>280</sup>, discorrendo sobre a natureza jurídica do processo na atualidade, bem como a metodologia que deve ser utilizada para a sua utilização, esclarece que:

---

<sup>278</sup> A concepção de processo como contrato foi desenvolvida pela doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX, mas perdeu força rapidamente na medida em que, devido à sua característica potestativa, não poderia se conceber que uma relação contratual tivesse origem sem que ambas as partes concedessem anuência para tanto.

<sup>279</sup> A ideia de processo como relação jurídica foi desenvolvida por Oscar Von Bulow. Para o renomado autor, o processo nada mais é do que uma relação de direito público que envolve o tribunal e as partes. Dessa forma, encara-se o processo como uma ciência autônoma e independente da relação jurídica de direito material que é discutida entre as partes.

<sup>280</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. O processo como instituição constitucional. In: MOREIRA, Alberto Campinas; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**. Estudos em homenagem ao professor Sergio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 636-637.

Realmente, parece ter chegado o momento de pensar na natureza do processo em consonância com o modelo imposto pela Constituição Federal, em especial pelos princípios que regem o processo civil. Não há mais como falar no processo como uma simples relação jurídica, que estabelece direitos e deveres entre as partes, na medida em que há um modelo preestabelecido, moldado pelas normas constitucionais, do qual o processo não pode se afastar. Cada vez mais se robustece o caráter público do processo. Aumentam os poderes instrutórios do juiz brasileiro, aproximando-o da figura do juiz gerenciador do processo do direito inglês (*case management powers*), tendo as partes como contrapartida a participação no gerenciamento do feito (v.g. audiência preliminar). Destarte, portanto, nosso processo cada vez mais prescinde da disponibilidade das partes, situação que em nosso crer o descaracteriza como uma típica relação jurídica, aproximando-o mais da idéia de instituição.

Cassio Scarpinella Bueno<sup>281</sup>, em crítica ao que os “autonomistas” pregaram para justificar o caráter científico do estudo do direito processual civil como “ramo do direito autônomo”, não vinculado ou dependente de qualquer outro, observa o seguinte:

Todas as características do direito processual civil, de forma mais ou menos intensa, de forma mais ou menos direta, são informadas pelo direito material. Há uma necessária comunicação, uma necessária interpenetração de um campo no outro, embora, isto é importante que fique claro, o direito material não se confunda com o direito processual nem vice-versa. Mesmo naqueles casos em que as categorias processuais parecem existir independentemente do direito material, não se pode perder de vista que o direito processual civil volta-se a realização do direito material. Mesmo que alguma categoria do direito processual civil, destarte, não receba influências diretas do que está fora dele, nem por isto a perspectiva de análise aqui acentuada pode ser perdida de vista.

Para que tenhamos um processo civil alinhado com os escopos constitucionais e democráticos, não há sentido algum em desenvolvermos inúmeras teorias processuais sobre conceitos técnicos se, junto com estes aspectos técnicos que, não fizermos avaliações pontuais do direito material que se pretende preservar ou garantir. Afinal, o direito material e a ciência processual devem caminhar juntos em busca de um só objetivo, que é a outorga da prestação jurisdicional.

---

<sup>281</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 50-51.

Atento a este ponto, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>282</sup> lembra que a garantia de ingresso em juízo – também denominada de garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional – não se limita a assegurar tão somente o acesso. Para que se tenha o devido respeito ao plano constitucional, o princípio da inafastabilidade precisa ser compreendido a partir do texto constitucional, de forma mais abrangente possível, de modo que se possa “[...] considerar ali estampada a garantia de acesso a uma tutela jurisdicional adequada às diversas espécies de direitos previstos no plano substancial, hábil a protegê-los de maneira efetiva [...]”.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>283</sup>, sobre o escopo instrumental do processo, diz que:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e assim por dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.

Há uma nítida relação de interdependência nesse sentido, uma vez que o processo puro, sem a contextualização do direito material, é mera ciência vazia, sem alma. Enquanto isso, o estudo do direito material, sem o conhecimento profundo sobre como fazer valer o direito, também de nada serve. O processo, como instrumento efetivo<sup>284</sup>, é o meio pelo qual o Estado poderá (deverá) intervir para que

---

<sup>282</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Influência do Direito Material Sobre o Processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 100-101.

<sup>283</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, jan./mar. 2002, p. 181.

<sup>284</sup> “É reconhecida por todos a natureza instrumental do processo diante dos direitos que visa a assegurar em juízo. A instrumentalidade, como ‘marca’ do processo, leva a que dele se espere resultado absolutamente compatível com o objetivo perseguido pela parte que vai a juízo. Resultado diverso, isto é, que não respeite a máxima de que o processo deve proporcionar à parte exata e precisamente aquilo que ela obterá se do processo não necessitasse ( i.e., se a obrigação fosse pela outra parte cumprida espontaneamente), determina a ‘frustração’ do sistema. No caso brasileiro, é imperioso destacar o constante (ao menos nos últimos anos) esforço do legislador, voltado a inserir no sistema processual civil, mecanismos voltados ao alcance da efetividade do processo, assim como a aperfeiçoar outros, preexistentes.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre a efetividade do processo**, p. 63.

os jurisdicionados possam fruir os benefícios advindos dos direitos que integram a nossa sociedade.<sup>285</sup>

Se há uma relação de interdependência entre a ciência processual e as demais ciências do direito que integram a esfera do direito material, não há que se permitir, ainda mais nos dias de hoje, que o Poder Judiciário possa se ocupar com tantas questões técnicas que são trazidas pelas partes, no que tange à má utilização do processo. Nesse sentido, o grande erro do CPC de 1973 pode ser assim entendido: a ciência processual, que à época, por tratar-se de uma grande inovação e suscitar muita expectativa no meio jurídico, passou a ser estudada e desenvolvida por importantes doutrinadores. Foi o momento em que se fomentou a discussão sobre várias controvérsias acerca dos conceitos e aplicações dos novos institutos processuais trazidos ao meio jurídico.

Os debates técnicos, que nunca deveriam ter saído da academia, invadiram os nossos tribunais e, assim, tiraram totalmente o foco do Poder Judiciário, que deveria estar preocupado em facilitar a outorga da prestação jurisdicional e, pela via indireta, defender os nossos valores constitucionais.

Os problemas ocorreram e ainda ocorrem em todas as fases do processo. Na fase de conhecimento, vemos uma série de práticas abusivas adotadas por ambas as partes: o autor, quando manipula a verdade dos fatos e o réu quando abusa das suas prerrogativas e do seu direito de defesa. Na fase recursal, inúmeros recursos são interpostos de forma indiscriminada e protelatória. Na execução<sup>286</sup>, práticas processuais retardam a outorga da prestação jurisdicional e demonstram a ocorrência de fraudes à execução, em total desrespeito ao Poder Judiciário.

É lógico que o processo de hoje não é o mesmo processo civil de 1973 e que várias modificações legislativas já foram feitas, especialmente, com o objetivo

---

<sup>285</sup> Segundo a tradicional lição de Chiovenda, *“Il processo deve dare perquanto è possibile praticamente a qui ha um diritto tutto quello e próprio quello ch’egli ha diritto di conseguire.”* CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Volume primo. Milano: Giufrè, 1993. p. 110.

<sup>286</sup> A propósito, escreve Rodrigo Baroni: “O procedimento executório, previsto no Código de Processo Civil, mostra-se estruturado de forma inadequada, desprovida de mecanismos apropriados para assegurar, amplamente, o êxito da execução, em período razoável de tempo. No campo da execução de sentença condenatória, o problema ganha contornos especiais: o litigante vencedor não raras vezes tem de submeter-se a longos anos de discussão para ver reconhecido seu direito. Quando finalmente obtém a condenação do adversário, é obrigado a iniciar um novo processo – muitas vezes mais penoso que o primeiro – para alcançar a satisfação de seu direito”. (Cumprimento de sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução**, 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 531).

de tornar o processo um instrumento mais sincrético e mais sintonizado com o direito material tutelado.

Como exemplo de importantes modificações operadas no atual CPC, podemos citar o fim do “processo de execução”, que deu ensejo à criação de um só processo – sincrético – com a fase de cumprimento de sentença.

Arlete Inês Aurelli<sup>287</sup> corrobora:

[...] com certeza, a principal e mais marcante alteração trazida pela Lei 11.232, de 22.12.2005, com relação à execução de título judicial, foi transformar o que antes eram dois processos autônomos, distintos e independentes em um único processo, com duas fases: uma de conhecimento, outra de execução. O legislador determinou o cumprimento de sentença sem a necessidade de instauração formal do processo executivo (*sine intervallo*).

Estamos caminhando cada vez mais para a construção de um modelo de processo civil instrumental e dinâmico, a ser utilizado de acordo com a urgência e a especificidade do direito material. Não há mais espaço para a manutenção de vaidades doutrinárias sobre a ciência processual, especialmente no âmbito dos tribunais. Nesse sentido, torna-se imprescindível uma maior conscientização dos magistrados, para que possam reavaliar o real escopo que o processo deve ter e, desta forma, atuar com foco na plena integração dos institutos processuais com o direito material em si.

Essa é a colaboração que os magistrados podem dar à sociedade<sup>288</sup>. Na condução do processo, deverão coibir qualquer prática que não seja a da utilização da técnica para o bem, de acordo com os nossos preceitos constitucionais. O espírito participativo dos magistrados precisa influenciar as partes e seus advogados

---

<sup>287</sup> AURELLI, Arlete Inês. As principais alterações no regime da execução por quantia certa contra devedor solvente referente a título judicial, trazidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Aspectos polêmicos da nova execução, 3:** de títulos judiciais – Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 23-43.

<sup>288</sup> “[...] a ampliação das competências do Poder Judiciário, com reconhecimento de seu papel político, é um fato já reconhecido ao final do século vinte. Muitos Juizes temem a responsabilidade que decorre desse novo papel, preferindo apegar-se a concepções formalistas e comportar-se como aplicadores automáticos da lei escrita, em seu sentido literal. É inegável que a nova exigência posta perante os juizes implica uma nova concepção do próprio Judiciário, mas, de fato, as origens históricas e a fundamentação sociológica e filosófica da magistratura não justificam e nunca justificaram o apego ao estrito formalismo. Agora, mais do que nunca, é indispensável que os juizes participem ativamente das discussões a respeito do seu papel social e procurem, com serenidade e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**, p.166.

durante toda a marcha processual, de forma que possamos abandonar completamente o conceito autonomista do processo.

Fato é que, se não deixarmos de lado a ideia, já ultrapassada, de que o processo é uma ciência autônoma e desvinculada do direito material em si, continuaremos fomentando a concepção de que o processo civil deve ser, não um instrumento para a realização da justiça, mas um meio de definição da estratégia das partes, exclusivamente de acordo com seus próprios interesses.

O conceito de estratégia não deve acompanhar o escopo do processo e é do juiz a função de observar e de coibir este tipo de comportamento. É o exemplo do juiz que ditará a forma de atuação das partes. Conforme asseverava Aristóteles<sup>289</sup>, “quando ocorrem disputas, as pessoas recorrem ao juiz. Recorrer ao juiz é recorrer à Justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada [...]”.

O processo possui vários escopos (econômico, político, etc.), mas é o escopo social o que mais importa para todos e, especialmente, para aqueles que dependem do processo para fazer valer um direito.

A realização plena da função social do processo somente ocorrerá com a sua perfeita integração ao plano do direito material, sendo necessário, neste sentido, revisitarmos sempre esta premissa, para que não venhamos a utilizar o nosso sistema processual como estratégia.

---

<sup>289</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 111.

## CONCLUSÃO

É hora de concluir.

Procuramos até agora desenvolver algumas ideias correlatas ao tema proposto, sem termos a pretensão, contudo, de esgotá-las. O que nos guiou no curso deste trabalho foi a certeza de que a nossa sociedade mudou radicalmente nos últimos anos e, desta feita, precisamos estar atentos ao nosso sistema processual, especialmente para que possamos dele extrair todo o rendimento possível.

É preciso, sobretudo, entender que, de acordo com os anseios da sociedade em que vivemos, não há mais espaço para um processo civil “engessado” e formalista. As partes e os magistrados devem atuar de forma colaborativa e participativa para que o Poder Judiciário tenha condições de desenvolver a sua importante função, dentro do nosso Estado Democrático de Direito.

Diante disso, concluímos que:

1) O CPC de 1973, concebido com o escopo de estabelecer um sistema processual pautado pela boa técnica, estimulou o desenvolvimento de uma cultura formalista adotada pelo Poder Judiciário, cujo resultado foi criar um obstáculo à obtenção de uma maior eficiência do sistema.

2) Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consequente implementação de um Estado Democrático de Direito, passamos a interpretar o direito processual civil à luz da Magna Carta. Com esse compromisso, cabe aos magistrados e às partes envolvidas no processo o desenvolvimento da melhor técnica processual, sempre mantendo o foco no respeito às garantias fundamentais do processo.

3) Os princípios jurídicos possuem grande importância para o processo civil moderno, na medida em que norteiam a atuação dos magistrados e das partes no curso do processo. Assim, os princípios jurídicos compõem o alicerce da nossa legislação processual e, desta forma, devem orientar o intérprete no momento de aplicação e de utilização dos instrumentos processuais.

4) Para o desenvolvimento de um “processo civil constitucional”, torna-se imperiosa uma reavaliação do papel desenvolvido pelos magistrados no âmbito do

processo civil, de forma que atuem de forma mais participativa, em prol de uma maior eficiência do Poder Judiciário.

5) Também é importante que as partes e os juízes desenvolvam iniciativas colaborativas, no sentido de desestimular a cultura da litigiosidade, enraizada na nossa sociedade. Nesse sentido, espera-se dos magistrados um maior esforço na busca da conciliação das partes durante todo o curso do processo.

6) É preciso conceder aos magistrados maiores poderes instrutórios para que estes possam, com responsabilidade, buscar a verdade real<sup>290</sup> intrínseca ao processo e, assim, prolatar decisões com conteúdos cada vez mais justos e completos. O desenvolvimento dos poderes instrutórios dos magistrados é pressuposto de um Poder Judiciário com mais credibilidade e força, e isso não significa violação ao princípio dispositivo.

7) Como forma de abrandar a tendência formalista que surgiu após o CPC de 1973, os magistrados devem estar atentos para que o formalismo exacerbado não prejudique a efetividade da justiça. Por outro lado, deve haver certo equilíbrio na aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, especialmente para que a não observância de determinada regra processual prevista em lei não venha a causar prejuízos às partes e ao processo em si. Os magistrados devem zelar pela manutenção do equilíbrio na condução do processo, sempre em respeito às garantias fundamentais.

8) Os magistrados devem ficar atentos à conduta processual das partes, para que os instrumentos processuais postos à disposição dos litigantes para o exercício regular dos seus direitos não sejam utilizados de forma indiscriminada. Assim, deverá ser coibida toda e qualquer prática de ato processual que vise obstar o exercício da vontade do Poder Judiciário, em prol da realização da justiça.

9) Cada vez mais e, de acordo com a moderna técnica legislativa, os magistrados têm à sua disposição um poderoso instrumento para a adequação da norma jurídica aos casos concretos. É deles a função de interpretar os conceitos

---

<sup>290</sup> "A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça" BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 345.436/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF. Julgado em 06.03.2002. Publicado em DJU de 13.05.2002. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IMGD&sequencial=57253&num\\_registro=200101053265&data=20020513&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IMGD&sequencial=57253&num_registro=200101053265&data=20020513&formato=PDF) >. Acesso em: 8 mar. 2012.

jurídicos vagos/indeterminados para adequá-los à realidade dos casos que são submetidos a julgamento.

10) Espera-se dos magistrados modernos um exercício criativo na aplicação da lei. O juiz não tem o poder de criar lei, mais ao interpretar de forma criativa a norma positivada, certamente adotará a melhor estratégia para a solução do litígio.

11) O procedimento é a alma do processo civil e este deve nortear cada vez mais o nosso sistema. Diante da inércia do legislador, na tarefa de modernização e fixação de novos procedimentos processuais, de acordo com a necessidade dos jurisdicionados, é dever dos juízes flexibilizar e adaptar os procedimentos processuais aos casos concretos, dando maior coesão e efetividade à atuação do Poder judiciário.

12) O desenvolvimento de uma conduta moderna e participativa dos magistrados não se confunde com ativismo judicial. O ativismo judicial beira a ilegalidade, enquanto o desenvolvimento de iniciativas proativas dos magistrados deve ser estimulado, sendo sempre respeitados os preceitos fundamentais e constitucionais do processo.

13) É preciso aceitar, de uma vez por todas, a jurisprudência como fonte preferencial do direito. Para segurança e sustentabilidade do sistema, cabe aos magistrados plena atenção e obediência à jurisprudência dos tribunais superiores, o que trará uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados e enfraquecerá a cultura da litigiosidade.

14) O processo é instrumento de atuação concreta da jurisdição e não um simples método de estratégia para a realização das vontades das partes.

15) A ciência processual deve caminhar junto com os demais ramos que envolvem a realização do direito material em si. Deve haver uma interligação plena entre o processo – instrumento – e o direito material.

16) O futuro do Poder Judiciário não depende tão somente da reformulação do nosso sistema processual, mas, especialmente, de uma profunda análise estatística dos nossos problemas, o que permitirá a definição de um plano estratégico inteligente e direcionado às necessidades da sociedade. Afinal, o que não é medido, não pode ser gerenciado.

Essas são as principais conclusões extraídas do presente trabalho, na certeza de que devemos procurar desenvolver e realizar iniciativas que possam estimular a criação de um processo civil participativo e constitucional. Se assim o fizermos, estaremos fortalecendo não só a ciência processual em si, mas também o próprio Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Marcelo Souza. **Revista de Direito Social**. Porto Alegre: Notadez, n. 31, p. 109-116, julho a setembro de 2008.

AIETA, Vânia Siciliano. **Democracia**. Estudos em homenagem ao Professor Siqueira Castro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. t. II. p. 242. (Coleção Tratado de Direito Público).

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; MONTEIRO, Juliano Ramos. **Estatuto de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartie Latin, 2010.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. I.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Direito processual civil**. Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 1972. v. I.

\_\_\_\_\_. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, p. 85-133, jan./mar. 1976.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. Os limites existentes ao controle jurisdicional dos atos administrativos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 99, DTR\2000\706, jul. 2000.

AURELLI, Arlete Inês. As principais alterações no regime da execução por quantia certa contra devedor solvente referente a título judicial, trazidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 23-43.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Forense, v. 246, ano 70, p. 34-42, abril, maio e junho 1974.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo**. Temas de direito processual civil. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito aplicado II**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, jan./mar. 2002, p. 183-190.

\_\_\_\_\_. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. [Conferência pronunciada em 14.09.1984, no V Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro], **Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro**. Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 59, p. 111-122, julho 2007.

BARIONI, Rodrigo. Cumprimento de sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 525-531.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo**. Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 242-245.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BLANCO, Victor Robero Obando. **Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Ara Editores, 2011. p. 40.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado a interação do binômio processo/procedimento e sua importância para o due process of law. **Revista de Processo**. Local, editor, v. 89, DTR\1998\62, jan. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 345.436/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF. Julgado em 06.03.2002. Publicado em DJU de 13.05.2002. Disponível em: <  
<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IMGD&s>

equencial=57253&num\_registro=200101053265&data=20020513&formato=PDF >. Acesso em: 8 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 506719 PR 2002/0170356-0. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Julgado em 20/11/2003. Publicado em DJ 09/12/2003. p. 224. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1017139&num\\_registro=200201703560&data=20031209&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1017139&num_registro=200201703560&data=20031209&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 65906/DF. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF. Julgado em 24.11.1997. Publicado em 02.03.1998. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199500233037&dt\\_publicacao=02-03-1998&cod\\_tipo\\_documento=1](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500233037&dt_publicacao=02-03-1998&cod_tipo_documento=1)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 906794. CE 2006/0261469-5. Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF. Julgado em 07/10/2010; Publicado em DJe em 13/10/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=12415775&num\\_registro=200602614695&data=20101013&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=12415775&num_registro=200602614695&data=20101013&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 997855/MG - RECURSO ESPECIAL - 2007/0243364-3. Relator Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF. Julgado em 16.12.2008. Publicado em 04.02.2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4574778&num\\_registro=200702433643&data=20090204&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4574778&num_registro=200702433643&data=20090204&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.012.306/PR 2007/0287732-4. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em 28.04.2009. Publicado em DJe em 07.05.2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5139756&num\\_registro=200702877324&data=20090507&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5139756&num_registro=200702877324&data=20090507&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.415 - RJ (2009/0236933-0). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF. Julgado em 06.03.2012. Publicado em 08.03.2012. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 8 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministra Nancy Andrighi defende visão sociológica na atuação dos Juízes**. Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103403&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=Não%20há%20mais%20lugar%20para%20juiz%20ou%20advogado%20ortodoxo](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103403&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=Não%20há%20mais%20lugar%20para%20juiz%20ou%20advogado%20ortodoxo)>. Acesso em: 7 out. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. Os princípios do processo civil transnacional e o código de processo civil brasileiro: uma primeira aproximação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 122, DTR\2005\306, p. 167/186, abr. 2005.

\_\_\_\_\_. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19.10.2005 e 11.232, de 22.12.2005. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**. Um terceiro enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. O modelo constitucional do direito processual civil. Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 161, p. 261-270, jul. 2008.

\_\_\_\_\_. **Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/textos.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do CPC**. Disponível em: <<http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/CODIGOS/CODIGOPROCESSOCIVIL.PDF>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades do processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, CEDAM, 1955.

\_\_\_\_\_. **Eles, os juízes, vistos por um advogado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. I.

\_\_\_\_\_. Poderes instrutórios do juiz e do processo civil democrático. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 153, p. 215-216, nov. 2007.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939.** 24 julho 1939. Disponível em: <<http://devido-processo-legal.blogspot.com/2011/08/exposicao-de-motivos-do-codigo-de.html>>. Acesso em: 8 mar. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile.** Volume primo. Milano: Giuffrè, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador, BA: Jus Podivm, 2011. p. 475-498.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas 2012.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/metas-2012>>. Acesso em: 8 mar. 2012.

CORRÊA, Rafael Motta. **O *contemp of court* segundo a tradição do *common law* e seus reflexos no cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer** (art. 461 do CPC). 2011. 258 f. Dissertação. (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2011.

CUNHA, José Ricardo. **Sistema aberto e princípios na ordem jurídica e na metódica constitucional**. Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.). **O futuro do processo civil no Brasil** -- Uma análise crítica ao projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 507-513.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, p. 227, abril de 2011.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FONTEINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça**. Da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FURCK, Christiane Hessler. Conceito legal indeterminado: a função social do contrato e a função criadora do juiz. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 34, DTR\2008\259, p. 85-102, abr. 2008.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 163, p. 161-178, set. 2008.

\_\_\_\_\_. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Leonardo. **Processo justo**. [Aula ministrada na Disciplina Direito Processual Civil no Curso de Direito]. 21 mar. 2000. Rio de Janeiro. Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. 2000.

\_\_\_\_\_. **Garantias fundamentais do processo: O Processo Justo. Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Meios alternativos de solução de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 14, julho de 2007.

HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 756, DTR\1998\461, p. 11-36, out. 1998.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. **Ação concreta**. Relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

HOFFMAN, Paulo. **Saneamento compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Conciliar é legal? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2.579, 24 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17035>>. Acesso em: 9 out. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Indicadores IBGE**. Contas Nacionais Trimestrais. Indicadores de Volume e Valores Correntes. Junho 2011. Disponível em: < [http://ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib/pib-vol-val\\_201102caderno.pdf](http://ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib/pib-vol-val_201102caderno.pdf) > Acesso em: 8 mar. 2012.

LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. London: University of Chicago Press 1949.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 24-67, jul. 1984.

\_\_\_\_\_. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 330 do CPC. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 716, p. 41-47, jun, 1995.

\_\_\_\_\_. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOTUFO, Renan. A Constituição e os princípios – Conceito. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 260-266.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Hector FIX-ZAMUDIO y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). In: \_\_\_\_\_; LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de. (Coords.). **Constitución, derecho e proceso. Estudios em homenagem a Héctor Fix-Zamudio, em sus cinquenta anos como investigador del derecho**. Lima: Indemsa, Lima, 2009. p. 291-296.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos conflitos e a função social no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 116-117.

\_\_\_\_\_. A aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, jun. 2009.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**. Críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Pedido genérico. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 abr. 1998, Caderno Saber, p. 16.

MEDINA, Jose Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. I.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. v. 10.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

NALINI, José Renato. Processo e procedimento - distinção e celeridade da prestação jurisdicional. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 730 DTR\1996\365, p. 673-688, ago. 1996.

NASSER, Paulo Magalhães. **Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Ives Gandra da Silva; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 423-424.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Nova Fronteira, 2002.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade judicial do procedimento cível**. 2010. 181 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil)-Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2010.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: \_\_\_\_\_; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. (Orgs.) **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2008. p. 193-214.

\_\_\_\_\_. Princípio da proibição da prova ilícita. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (Orgs). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2008. p. 255-281.

\_\_\_\_\_. O processo como instituição constitucional. In: MOREIRA, Alberto Caminã; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**. Estudos em homenagem ao professor Sergio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 636-637.

OLIVEIRA, Evandro Carlos de. **Multa no Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Direito e Processo).

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: \_\_\_\_\_; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador, BA: Jus Podivm, 2011. p. 307-312.

PEREIRA, Hugo Filardi. Motivação e Celeridade. Princípios Processuais Inconciliáveis. **Consulex**. Brasília: Revista Jurídica Consulex, ano XV, n. 348, p. 66, 15 de julho de 2011.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba em el proceso civil**. Barcelona: Bosch, 1986.

POSADA, Giovani F. Priori. **Proceso y constitución**. Lima: Ara Editores, 2001.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Aspectos da lógica da decisão judicial. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros dogmáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva., 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. Poderes do juiz: ativismo (=autoritarismo) ou garantismo (=liberdade) no Projeto do novo CPC. In: ROSSI, Fernando; GUEDES, Jefferson Carús (Coords.). **O futuro do processo civil no Brasil** -- Uma análise crítica ao projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Os direitos humanos e a defesa da Constituição [Aula *sapiens* proferida ao ensejo da inauguração da Universidade do Norte Fluminense, em Campos, no dia 16 de agosto de 1993]. **3º Milênio**. Rio de Janeiro, Ed. da UENF, n. 2, 1994. (Separata).

\_\_\_\_\_. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Josias de. Sarney: recurso ao STF 'deforma regime democrático'. 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.correaneto.com.br/site/?p=5713>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

TEIXEIRA, Patricia Gomes. A Uniformização da Jurisprudência como forma de Realização de Valores Constitucionais. In: FUX, Ives; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 733-745.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. III.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As principais reformas do Código de Processo Civil em matéria de apelação e embargos de declaração**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero1/humberto.htm>>. Acesso em: 8 mar. 2012.

UOL.EDUCAÇÃO. Biografias. Hannah Arendt. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/biografias/hannah-arendt.jhtm>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flavio Correia de. **Curso avançado de processo civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.

\_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001**. 3. ed., rev., atual., ampl. da 2. ed. da obra *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 76/141, DTR 1994\418, p. 141-145, 1994.

\_\_\_\_\_. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 814, DTR\2003\457, p. 63-70, ago. 2003.

\_\_\_\_\_. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*.. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 893, DTR\2010\134, p. 33-45, mar. 2010.

\_\_\_\_\_; MEDINA, José Miguel Garcia. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

WIKIPEDIA. **Ativismo judicial**. Disponível em:  
<[http://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo\\_judicial](http://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo_judicial)>. Acesso, em: 24 out. 2011.

WIKIPEDIA. **Common law**. Disponível em:  
<[http://pt.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://pt.wikipedia.org/wiki/Common_law)>. Acesso em : 21 nov. 2011.

YARSHELL, Flavio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, luz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZÉFIRO, Gabriel. O pedido genérico nas ações de indenização por danos morais. Um equívoco erroneamente tolerado. **Informe 2º RTD**. Rio de Janeiro, Mundo Jurídico, ano 4, n. 47, p. 1-3, agosto 1999.